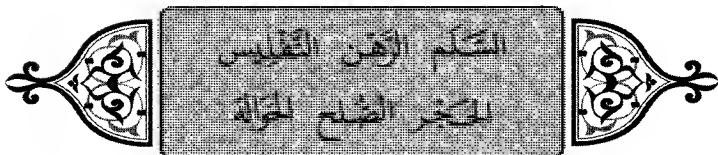


# نَهَايَةُ الْمُطْلَبِ فِي دَرَائِيَّةِ الْمَذْهَبِ

بِإِمَامِ الْجَمَاتِينَ  
عَبْدِ الْمَلَكِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ يُوسَفَ الْجَوَيْنِيِّ  
رَحْمَةُ اللَّهِ تَعَالَى  
(٤١٩-٤٧٨)

مَقْقُهُ وَصَنْعُ فَهَارَسَةٍ  
أ. د. عبد العظيم محمود الديب



دَارُ الْمِيزَانِ



الطبعة الأولى

١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م

جميع الحقوق محفوظة للناشر

دار المنهج للنشر والتوزيع

جدة - هاتف رئيسي ٦٣٢٦٦٦ - فاكس ٦٣٢٠٣٩٢

الإدارة ٦٣١١٧١٠ - المكتبة ٦٣٢٢٤٧١

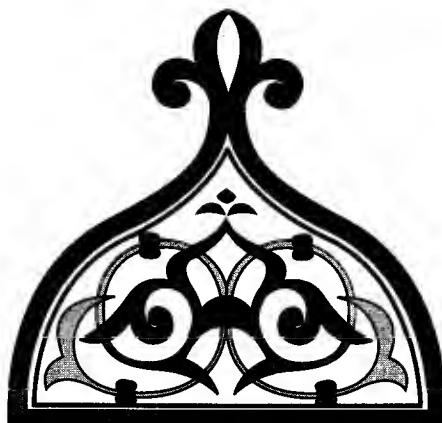
## نبیصان

أولاً :

هذا الكتاب بينك وبينه ألف عام تقريباً، فإذا رأيتَ منْ  
ظواهر اللغة والأساليب غير مألفٍ لك ومعهودٍ لك، فلا تُحاوِلْ  
أن تحمل لغته على لغتك، ولا أُسَارع بحمل ذلك على الخطأ  
وسيهو المحقق وتصصيروه، فهذه هي لغة عصرهم، وهذا  
أسلوبهم، وهو صحيح سليم، وإن لم يعد مألفاً للديانتين  
ومستعملاً عندنا ولاجئاً على ألسنتنا.

ثانياً :

ابراء للذمة، وحروج عن العهد ننبه :  
أن برنامج الصّف استحال عليه كتابة الهمزة المنطقية المكسورة  
ما قبلها على الآياء، مثل: قاريء ، يجزي . فثبت له بذلك.



والموقف الأعظم على العلماء استعمال ما يجتمعونه في أحد  
الواقع إذا بلوا بها، وكان شيخي يُشبهه هذا الجامع العلوم  
المخصوصة بفن الطب. وهو همّ على صاحب القرىحة والحمد  
وإذا أراد استعمال ماجموعه في معالجة الأشخاص عظم  
الأمر عليه فيها.

الإمام  
في نهاية المطلب



## بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

### بَابُ السَّلْفِ وَالنَّهِيِّ عَنْ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَكُمْ

٣٤٤٦ - الأصل في السلم الكتاب والسنة والإجماع . فاما الكتاب فآية المداينات :

قال ابن عباس في تفسير الآية : أشهد بالله أن السلف<sup>(١)</sup> المضمون إلى أجل مسمى أحله الله وأذن فيه ، وتلا هذه الآية<sup>(٢)</sup> . وروى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل المدينة ، فوجدهم يسلفون في التمر السنة ، وربما قال المستتين ، والثلاث . فقال عليه السلام : « من أسلف ، فليسلف في كيل معلوم وزن معلوم إلى أجل معلوم »<sup>(٣)</sup> . والإجماع منعقد على صحة السلم .

والسلم والسلف اسمان للعقد الذي قُصد في هذا الكتاب بيان أحكامه . وذكر الأصحاب عبارتين مشعرتين بمقصود السلم : إحداهما - أنه عقد على موصوف في الذمة ببدل يعطى عاجلاً . والثانية - أنه عقد يفتقر إلى بدل ما يُستحق تسليمه عاجلاً في مقابلة ما لا يستحق تسليمه عاجلاً . وقال أبو حنيفة<sup>(٤)</sup> : بدل عاجل في آجل .

واللقب الخاص للعقد السلم . والسلف يستعمل فيه وفي القرض .

ثم قال الإمام في توطئة الكتاب : السلم يستند إلى سبعة شرائط : شرطان في رأس المال . وخمسة في المسلم فيه : أحدها - أن يكون ديناً في الذمة . والثاني - أن يكون موصوفاً بالصفات التي تختلف بها الأثمان والأعراض . والثالث - أن يكون معلوم

(١) ساقطة من (ص) ، (ت ٢) .

(٢) المراد آية الدين [البقرة : ٢٨٢] وانظر الدر المثور : ٣٧٠ / ١ .

(٣) متفق عليه من حديث ابن عباس . (ر . اللؤلؤ والمرجان : ٣٩٢ ح ١٠٣٤) .

(٤) ر . المبسط : ١٢٤ / ١٢ .

كتاب السلم / باب السلف والنهي عن بيع ما ليس عندك  
القدر إن كان مما يقدر . والرابع - أن يكون عاماً الوجود عند المحل . والخامس -  
ش ١٣٦ تعين / مكان التسليم على أحد القولين . وكل ما ذكرناه تراجم ستائي مفصلة في  
مواضعها ، إن شاء الله تعالى .

٣٤٤٧- ثم مما يجب الاعتناء به أن لفظ السلم له أثر في العقد ، ومتضمنه أن يكون  
المطلوب ديناً ؛ فإن العين لا تسمى سلماً . وأما استحقاق تسليم رأس المال في  
المجلس ، فلا يتلقى من اللفظ ، وإنما هو يعتد بمثابة التبعد برعاية التقادم في بدلي  
العقد في الصرف وما يتحقق به .

فلو قال الرجل : اشتريت منك طعاماً صفتة كذا وكذا بهذا العبد ، فقال : بعثه  
منك بهذا . فهل يثبت حكم السَّلَم ؟ فعلى وجهين ذكرهما صاحبُ التقريب وغيره :  
أحدهما - أنه يثبت حكم السلم من كل وجه ، ويشرط فيه إقباض رأس المال في  
المجلس ، ويمتنع الاعتراض عن المسلم فيه . والوجه الثاني - لا يثبت حكم السلم ،  
ولا يجب تسليم الثمن المعين في المجلس . وعلى هذا الوجه في الاعتراض عن  
ال المسلم فيه ترددः : فمن أصحابنا من خرجه على قولين في جواز الاعتراض عن  
الثمن ، وقد تقدم ذكرهما . ومنهم من قطع بمنع الاعتراض ، وإن لم يُثبت للعقد  
حكم السلم ؛ فإن الموصوف في الذمة مقصود الجنس ، فكان كالمبيع المعين في  
كونه مقصود العين . والغالب على الأثمان قصدُ الماليَّة لا قصدُ الجنسِ .

ومما يتعلق بالكلام على اللفظ أن الرجل إذا قال : أسلمت هذا الحمار أو هذا  
العبد في ثوبك هذا ، وذكر لفظ السلم ، ولم يف بحكمه وشرطه ، فلا شك أن ما جاء  
به ليس بسلم . وهل ينعقد بيع العين بهذا اللفظ ؟ فعلى قولين ذكرهما القاضي :  
أحدهما - لا ينعقد اعتباراً باللفظ ، والثاني - ينعقد نظراً إلى المعنى ، وليس البيع إلا  
تملك مال بمال يتواجد بين المتعاقدين . وهذا أصل طرده القاضي . والمسألة التي  
ذكرناها في آخر البيع من حمل البيع المقيد بنفي الثمن على الهبة أبعد عما ذكرناه الآن .  
وحاصل الأصل راجع إلى أن الاعتبار بما يفهمه المتعاقدان من اللفظ ، أو بمعنى  
اللفظ في وضعه .

### فِصْنَاكٌ

قال : « وقد أذن الله تعالى في الرهن والسلم . . . إلى آخره »<sup>(١)</sup> .

- ٣٤٤٨ - هذا وإن كان من كتاب الرهن ، فلا بد من ذكره ؛ إذ ذكره الشافعي - رحمة الله عليه - فالرهن بالمسلم فيه جائز ، وإذا ثبت بتفسير ابن عباس أن الدين المذكور في آية المدابينات هو السلم ، وقد قرنه الله تعالى بالرهن المقبوسة ، فينبغي أن يتوثق مستحق السلم بالرهن [أو]<sup>(٢)</sup> الحميل . أما الرهن ، فغرضه الأظهر الوثيقة ، فإذا حل السلم وامتنع المسلم إليه ، واستمken المرتهن من إثبات حقه في مجلس القاضي ، تولى القاضي بيع الرهن في حقه .

وإن لم يتمكن من إثبات حقه ، فالأصحابنا طريقان : منهم من قطع بتسليط المرتهن على بيع الرهن عند العجز عن التوصل إلى ذلك بالحكم والقضاء . ومنهم من خرج ذلك على ما إذا ظفر الإنسان بمال من عليه الحق . وفيه تفصيل سيأتي في موضعه ، إن شاء الله تعالى . وإن كان بالمسلم فيه<sup>(٣)</sup> حَمِيل<sup>(٤)</sup> ، طالبه المسلم [بحقه]<sup>(٥)</sup> بال محل ، فإذا أداه وكان ضمن بالإذن ، رجع على المضمون عنه . على تفصيل يشتمل على خلافٍ ووافقٍ في المسائل . وإذا ثبت له الرجوع ، نظر<sup>(٦)</sup> في المضمون . فإن كان مثلياً ، رجع بمثل ما ضمن ، وإن كان من ذات القيمة ، فيرجع بالقيمة أو بالمثل ، فعلى وجهين / كالوجهين في القرض ؛ فإن الضامن في حكم المقرض للمضمون عنه ١٣٧ ي ما يرجع به عليه ، وهذا يبين .

قال القاضي : ولو قال أحد من في السفينة لصاحبه : ألق متاعك في البحر ، فإذا

(١) ر. المختصر : ٢٠٦/٢ .

(٢) في الأصل : والحميل .

(٣) في (ص) ، (ت٢) : إليه .

(٤) الحميل : الكفيل .

(٥) ساقطة من الأصل .

(٦) في (ص) ، (ت٢) : رجع .

٨ ————— كتاب السلم / باب السلف والنهي عن بيع ما ليس عندك  
ألقاه وكان مثلياً ، ضمن المستدعي مثله . على تفصيل يأتي في موضعه إن شاء الله تعالى .

وإن كان من ذوات القييم ، فيضمن له القيمة أو المثل ، فعلى الخلاف المذكور في القرض . وهذا فيه احتمال ؛ من جهة أنه ليس بإقرانٍ على الحقيقة . وإنما هو استدعاء إتلافٍ لمصلحة . وهو قريب من تعاطي المضطر أكل طعام الغير ، فالغالب على الظن أن القاضي يسلم القطعَ في ذلك بالرجوع إلى القيمة إذا كان المتلفُ من ذوات القييم .

### فِصْنَافٌ

قال : « وإذا جاز السَّلْفُ فِي التَّمَرِ السَّنَنِ . . . إِلَى آخِرِهِ »<sup>(١)</sup> .

٣٤٤٩- يجوز السلم في المنقطع حالة العقد عندنا إذا كان يغلب على الظن عموم وجوده عند المحل . وشرط أبو حنيفة<sup>(٢)</sup> أن يكون الجنس المسلم فيه موجوداً حالة العقد ، وشرط ألا يكون مما ينقطع بين العقد والمحل .

واحتاج الشافعي عليه بما رواه ابن عباس : « أن أهل المدينة كانوا يسلفون في التمر السنة والستين ». ولا يكاد يخفى أن من أسفل في التمر ستين ، فالتمر ينقطع في الأربع . ومعنى المذهب مذكور في (الأساليب) .

وإذا أسلم في شيءٍ ببلد ، وكان لا يوجد مثله في ذلك البلد ، ويوجد فيما عداه من البلاد والقرى ، فإن كان البلد الذي يعم وجود المسلمين فيه قريباً من بلد العقد ، صحيح . وإن كان بعيداً ، لم يصح .

٣٤٥٠- ثم قال الأئمة : لا يعتبر فيما أطلقناه من القرب والبعد مسافةُ القصر والقصور عنها .

(١) ر . المختصر : ٢٠٦/٢ .

(٢) ر . مختصر اختلاف العلماء : ٣/٣ مسألة : ١٠٧٥ ، طريقة الخلاف : ٣٤٦ مسألة : ١٤٥ ، البدائع : ٥/٢١١ .

وهذا مما يجب الاعتناء فيه بتقريب مأخذ يخرجه عن عمادة الإجمال ؛ فإن القول في مثله يتشر . ولا ضبط في قول القائل : إن كان بحيث يشق النقل لم يصح السلم ، وإن كان بحيث لا يشق النقل يصح .

وقد يقرب في هذا أن يقول : إن جرت العادة بنقل ذلك الجنس إلى ذلك البلد ، يجوز<sup>(١)</sup> ؛ فال المسلم فيه مقدر على تسليمه . وإن كان ذلك لا يعتاد ، فهو ملتحق بما لا يقدر عليه . ولا اعتبار بما ينقله آحاد الناس للتحف . وإنما الاعتبار بما ينقل لأغراض المعاملة .

وهذا لا بأس به ، وإن<sup>(٢)</sup> قيل : المتبوع هو الذي يلقى متحمل النقل مشقة ظاهرة خارجة عن اعتياد النقل .

وقد أجرى الشافعي في هذا لفظاً ، فليتأمله الناظر ، فقال : « هو كما لو أسلم في رطب البصرة ، وبلد المسلم من بلاد خراسان ». وهذا سرف في تصوير التعذر ، وهو يحصل بدون هذا .

وبالجملة السلم عقد إرفاق من الجانبيين ، والمحكم فيما ينتشر من أحكام المعاملة العرف ، فكل مشقة لا يبعد في غرض المعاملة أن تحتمل لاستعمال رأس المال ، فتلك المشقة لا تقدح في صحة السَّلْم ، وكل مشقة لا تحتمل في أغراض التعامل ، فلا يتبني جواز العقد عليها . وليس للفقيه أن يصور غرضنا وراء المعاملة ، مثل أن يتفق تضييق وإرهاق في مصادرة حاجة حادة في الرضا بمقاساة الْكُلُف للتجارة من الضرورة الناجزة . فلا اعتبار بأمثال هذه الأحوال .

ويتمكن أن يقال : سبيل الضبط أو القرب منه أن النقل إذا كان يلحق المتقول بما لا يعم إمكان الوصول إليه / ، فهو من المتعذر الذي لا يجوز السلم فيه .

وهذه العبارات تُشير إلى تقريب واحد .

(١) عبارة (ص) : بنقل ذلك الجنس في السلم يجوز ، وال المسلم فيه مقدر على تسليمه .

عبارة (ت٢) : ينقل ذلك الجنس إلى ذلك البلد ، فال المسلم فيه مقدر على تسليمه .

(٢) جواب الشرط مفهوم من الكلام قبله .

## فصل

قال : « فإن فُقد الرطب أو العنْب حتى لا يبقى منه شيء . . . إلى آخره »<sup>(١)</sup> .

٣٤٥١- مقصود الفصل ذكر حكم انقطاع جنس المسلم فيه ، والوجه أن نبدأ بالحكم ، ونُجري فيه ما يليق ، ثم نذكر دقّيّة في معنى الانقطاع .

إذا انقطع جنس المسلم فيه حالة المحل لآفة أو جائحة ، فللشافعي قوله : أحدهما - أن العقد ينفسخ . والثاني - أنه لا ينفسخ . ولكن للمسلم حق الخيار في الفسخ ، وله الانتظار إن أراد إلى زمان الإمكان .

٣٤٥٢- توجيه القولين : من قال بانفاسخ العقد احتاج بأن عقد السَّلَم تناول ثمرة السنة المعينة ، فإذا انقطعت ، فقد فات المعقود عليه ، وكان هذا بمثابة ما لو اشتري قفيزاً من صُبرة ، ثم تلتفت الصبرة ، فالعقد ينفسخ .

ومن قال بالقول الثاني ، احتاج بأن المسلم فيه دين ، والدين متعلق بالذمة ، ولا اختصاص له بوقتٍ وزمان ، وأما الآجال<sup>(٢)</sup> لإثبات أوقات المطالبات . ولعل القياسَ هذا القول . ثم انقطاع الجنس في وقت المحل يضاهي إيقاع العبد المبيع عن يد البائع ، فالبائع لا ينفسخ ببابقه ، ولكن يثبت الخيار للمشتري ، كذلك يثبت الخيار في مسألتنا للمسلم ، فإن فسخ العقد ، فذاك ، وإن رأى إنتظار المسلم إليه إلى قابل ، فله ذلك .

ثم قال الأصحاب : إذا أنظره ، ثم بدا له أن يفسخ ، فله ذلك . وقد وجدت الطرق متفقة في هذا .

وشبه الأصحاب هذا برجوا المرأة بالمقام تحت زوجها المُولي بعد انقضاء مدة

(١) ر . المختصر : ٢٠٦/٢ . وعبارة المختصر الذي بأيديينا : « وإن فُقد الرطب أو العنْب . . . » .

(٢) سقوط القاء من جواب أما وارد في غير ضرورة الشعر ، وهو مذهب الكوفيين . وله شواهد من الحديث الشريف ، (ر . شواهد التوضيح والتصحیح لابن مالک : ١٩٥ ، ١٩٦ ) .

إيلاء ، فإذا هي رضيت بعد توجه المطالبة بالمقام ، ثم ندمت ، وأرادت رفع زوجها إلى مجلس الحاكم ، فلها ذلك . وهذا تشبيه مسألة بمسألة .

والمعنى المعتمد أن الإنظار - في التحقيق - تأجيلٌ والأجل لا يلحق بعد لزوم العقد ، وإذا لم يلحق الأجل ، لغا الإنظار .

وكان شيخي يقول : حقه في الطلب يتجدد حالاً على حالٍ ، ورضاه ينحصر على وقته . وهذا في قبيل إسقاط الحقوق يضاهى الإعارة في قبيل التسلط على الانتفاع . وكان يقطع بهذا المسلك في الخيار الذي ثبت للمشتري عند إباق العبد .

فإن قيل : أليس الإباق من قبيل العيوب التي ثبت الرد بها ، ومن رضي بالعيوب ، لم ينفعه الندم ، ولم يملك الرجوع ؟ قلنا : اعتياد الإباق عيب ، واتفاق الإباق لا يلحق بالعيوب . ثم غرضنا لا يختص بهذا . ولو غصب غاصب ذلك العبد وعيبه ، فغرضنا يحصل فيه .

ومما يتعلّق بهذا الفن أن المشتري في العبد الآبق : لو قال أبطلت حقي من الفسخ ، فالذهب أن حقه لا يبطل وإن صرّح به . وكذلك القول في السلم إذا صرّح بإبطال حقه من الفسخ . والتبرير على أن السلم لا ينفسخ .

وقد أبعد بعض أصحابنا ؛ فقال عن عجز وخوار : « يبطل حق الفسخ ؛ فإن مستحق الحق أبطله ». وإن كان يخرج هذا على أصلٍ ، فأقرب الأمور إليه الإبراء عمما سيكون وقد ثبت سبب وجوده .

٣٤٥٣ - فانتظم من مجموع ما ذكرناه أن هذا النوع من الفسخ لا يُبطله التأخير ، ولا يُطلّه بذل اللسان بالإنظار من غير تصريح بإبطال خيار الفسخ . وإن فرض التصريح ، فهو على التردد الذي ذكرناه ، فإن حكمنا بالانفساخ ، أو فسخ المسلم<sup>(١)</sup> على القول الصحيح ونفذ فسخه ، نظرنا إلى رأس المال : فإن كان معيناً في ابتداء ١٣٨ العقد وعيشه باقي ، فيسترده الفاسخ . وإن كان تالفاً ، يرجع إلى بدلـه ، فإن كان مثلياً ، فالمثل . وإن كان متقوماً ، فالقيمة .

(١) في (٢٧) : السلم .

وليس هذا بمثابة إفلاس المشتري بالثمن والمبيع تالفاً ؛ فإن البائع لا يملك فسخ البيع والرجوع بقيمة المبيع . كما سيأتي مفصلاً مشروعًا في كتاب التفليس إن شاء الله تعالى .

والسبب فيه أن غرض البائع الانفراد بالمبيع<sup>(١)</sup> ، والخروج عن جهة<sup>(٢)</sup> المضاربة ولو فسخ البيع تقديرًا ورجمع<sup>(٣)</sup> بالقيمة ، لضارب بها<sup>(٤)</sup> . وسيعود هذا في مواضعه . فليكتف الناظر بالمرامز إذا أحلفناه .

٣٤٥٤ - ولو كان رأس المال موصوفاً في الذمة أولاً ، ثم عجل في المجلس ، فإذا سلمه المسلم إليه ، وكان عينه باقياً في يده ، فهل يسترد ؟ أم لل المسلم إليه أن يأتي ببدلها ؟ فعلى وجهين : أحدهما - أنه يتغير استرداد ذلك المقبوض ؛ فإنه لما عين بالإقراض آخرًا ، كان كالمعين أولاً . والثاني - لا يتغير ؛ لأن العقد لم يتناول تلك الأعيان .

وأصل هذا الخلاف أن المسلم لو ردّ المسلم فيه بعيب ، وقال : ليس على الوصف الذي أستحقه ، فهل يجعل ذلك نقضاً<sup>(٥)</sup> للملك من الأصل تبيناً ، أو هو نقض في الحال ؟ فيه اختلاف قدمناه ، وعليه بنينا وجوب الاستبراء على المسلم إليه إذا كان المردود جارية .

فإن قلنا : ما يجري من ذلك في الموصفات يتضمن رفع الملك من أصله ، فعلى المسلم إليه وقد فسخ السلم ردّ عين ما قبضه . وإن قلنا : يتضمن نقض الملك في الحال ، فلل المسلم إليه الإبدال . وهذا بين للمتأمل .

(١) في (ص) ، (ت٢) : البيع .

(٢) في (ص) ، (ت٢) : رحمة .

(٣) في (ص) : فرجع .

(٤) أي « لضارب بها » مع الغراماء ، بمعنى أنه يضارب بسهم يساوي القيمة ، منسوبة إلى مجموع ديون الغراماء ، ثم إلى ما يساوي لهذا السهم من أموال المفلس عند بيعها وفاءً لديون غرمائه .

(٥) في النسخ الثلاث : نقصاً . (بالصاد المهملة) .

٣٤٥٥- وإذا انتهى الكلام إلى هذا ، فنذكر ما فيه من مزيد ، فنقول : أجمع أئمتنا على أن المتعاقدين لو تباعوا الدرارهم بالدنانير وصفاً ، ثم عجلا في المجلس ، وتفرقوا عن تفاصيل ، صح ذلك وإن اعتمد العقد في ابتدائه الذهمة من الجانيين ، وهل يصح العقد على هذا الوجه بعبارة السلم ؟ فعلى وجهين ذكرهما الشيخ أبو علي في الشرح . وهذا مأمور من خلاف للأصحاب سند ذكره في أن السلم هل يصح في الدرارهم والدنانير إذا كان رئيس المال ثوباً ، أو غيره ؟

ولو اشتمل العقد على عوضين من أموال الربا يشرط التفاصيل فيما ، كالمطعومات بيع بعضها بالبعض ، فلا بد من التفاصيل في المجلس .

فلو وصفا في الشقين ، ثم عجلا ، وجرى التفاصيل كما ذكرنا في الدرارهم والدنانير ، ففي صحة ذلك وجهان مشهوران : أحدهما - الصحة بالنقود ، والثاني - لا يصح ؛ فإن الوصف يطول في العروض ، وتعيين الدرارهم يقرب من وصفه ، ولهذا يكتفى في النقود غالباً بالإطلاق من غير وصف ، والقياس أن لا فرق ؛ فإن الوصف وإن كان يطول ، فإذا ذكر ، فهو كالوصف الذي يقرب ولا يطول .

ويتصل بهذا أنه لو استحق على رجل ديناً مستقرأً ، ثم اعتراض عنه درارهم معينة ، صحيح . ولو اعتراض درارهم موصوفةً ، ثم عجلتها في المجلس ، صحي . فإن لم يعجلها في المجلس نظر : فإن كان الدين نقداً ، لم يجز . وإن كان الدين عرضاً ، ففي المسألة خلاف قدمناه في كتاب البيع .

وغرضنا الآن أنا حيث نشرط التعجيل في المجلس يجوز الاعتماد [في أصل العقد]<sup>(١)</sup> على الوصف في الدرارهم ، وهل يجوز الاعتماد على الوصف في العروض على أن تعجل في المجلس ؟ فعلى وجهين . وهذا بعينه هو الذي قدمناه .

٣٤٥٦- وما يتعلّق بأطراف الكلام أن المسلم إذا فسخ السلم ، فإن كان رئيس المال قائماً ، فيجوز الاستبدال عنه قبل القبض ؛ لأنه وإن كان مضموناً ، فليس هو ضمان مقابلة على التحقيق ، وقد انفسخ العقد ، والاستبدال عن الأعيان المضمنة بالقيم

(١) زيادة من (ت ٢) .

١٤ ————— كتاب السلم / باب السلف والنهي عن بيع ما ليس عندك  
ش ١٣٨ جائز/ ، كما مهدناه في البيع . ومنع أبو حنيفة<sup>(١)</sup> الاستبدال عمّا في يد الغير على حكم  
العقد المفسوخ ، وليس معه متعلق من طريق المعنى .

وكل ما ذكرناه فيه إذا تذر الوصول إلى جميع المسلم فيه .

فأمّا إذا فرض التذر في بعضه ، فالقول في الانفساخ وثبوت حق الفسخ في المقدار  
المتذر على ما تقدم ، ثم يزداد في هذه الصورة تفريع تفريع الصفقة ، وقد مضى في  
موضعه مفصلاً . فليعرف الفقيه الفصل بين أن يقبض الميسور ثم يطرأ التذر وبين أن  
يطرأ التذر قبل قبض الميسور ، وليتذكر الفرق إذا قبض الميسور بين أن يتلف وبين أن  
يكون باقياً .

ولا مزيد على ما مهدناه في قواعد التفريع .  
وقد نجز الغرض في هذا .

٣٤٥٧ - وبقي علينا ما وعدناه من فضل النظر في بيان معنى الانقطاع ، فمما نستعين  
به في هذا ما قدمنا في الفصل السابق من تفصيل القول في أن من أسلم في جنس وهو  
ببلدة لا يوجد ذلك الجنس بها ، فهل يكون هذا من السلم في المنقطع حالة الحلول ؟  
وهذا قد تمهد على قرب العهد .  
ونعود الآن فنقول :

إن تحقق انقطاع الجنس بالكلية بأن يسلم في جنس لا يوجد إلا في بلده ، ثم اتفق  
انقطاع ذلك الجنس في تلك السنة ، هذا هو الانقطاع المحقق ، الذي يجري فيه  
القولان في الفسخ والانفساخ .

فأمّا إذا انقطع الجنس في تلك البلدة ، وكان النقل إليه ممكناً على حدّ لو فرض  
السلّم في البلد ، لعدّ المسلم فيه بتقدير النقل من الممكّنات ، فهذا ليس بانقطاع .  
وإن كان النقل عسراً ، بحيث يمتنع السلم ، نُظر : فإن كان لا يتصور أصلاً ، مثل  
أن يكون المسلم فيه جنساً لو نقل من مسافة شاسعة ، لفسد ، فهذا انقطاع أيضاً .  
وإن كان النقل ممكناً على عسر ، فالأصح القطع بأن السلم لا ينفسخ ،

---

(١) بدائع الصنائع : ٥/٢٣٣ وما بعدها .

[فإن]<sup>(١)</sup> قول الانفساخ إنما يجري إذا جعل ثمن السنة مع إضافة المستحق إليها بمثابة صُبرة بيع صاع منها .

فأما إذا كان الإحضار ممكناً على عسر ، فهو كإبقاء العبد إذا طرأ ، فيثبت خيار الفسخ ، وإن كان يمتنع إيراد العقد عليه .

ومن أصحابنا من يجعل التعدر الذي يمتنع بسببه السلم ابتداء إذا طرأ بمثابة الانقطاع الحقيقى ، حتى [يُخرج]<sup>(٢)</sup> قول الانفساخ . وهذا القائل يزعم أن التعدر في عقد الغرر كالتلف الحقيقي ، وبه يتوجه قول الانفساخ في أصله ، مع أن المسلم فيه دين .

٣٤٥٨- وما يتعلق بتمام البيان في هذا الفصل أنه إذا أسلم في جنس يعم وجوده غالباً عند المحل ، فاتفق انقطاع الجنس قبل المحل على وجه يعلم أن الانقطاع يدوم في السنة . قال القاضي : في المسألة قولهان : أحدهما - أنه لا ينفع العقد في الحال على قول الانفساخ ، ولا يثبت الخيار على قول الخيار ، حتى يحل الأجل . فإذا حل ، فإذا ذاك يجيء قولهان . والقول الثاني - أنه ينجز قبل المحل ما ثبت عند الحلول . قال : وهذا يقرب من خلاف في الأيمان ، وإن كان مأخذ الأيمان يبعد عن مأخذ الأحكام . وذلك الأصل هو أن من حلف ليأكلن هذا الطعام غداً ، فتلف الطعام قبل دخول الغد ، فهل يحثت في الحال ؟ أم يتأخر الحث إلى معجى الغد ؟ فيه خلاف سيأتي ذكره ، ووجه الشبه بين .

### فِصْلٌ ثالِثٌ

قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم / حكيمًا عن بيع ما ليس عنده ، ١٣٩ وأجاز السلف . . . إلى آخره »<sup>(٣)</sup> .

٣٤٥٩- غرض الشافعي رحمه الله - الكلام على حديث حكيم بن حزام ، وعلى الأخبار الدالة على السلم ، ولم يقصد نقل إجازة السلف ، مع قول رسول الله صلى الله

(١) في الأصل ، (ص) : وإن .

(٢) في الأصل : يجري .

(٣) ر . المختصر : ٢٠٦/٢ .

عليه وسلم في متن حديث واحد ، ثم لا يخفى وجه الكلام ، فالذى نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم حكيمًا عنه في بيع الأعian من غير تقدير وصف والتزام في الذمة ، وفي حديث حكيم ما ينبه على هذا ؛ فإنه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم : « إن الرجل ليأتيني فيساومني السلعة وليس عندى ، فأبيعها منه ، ثم أدخل السوق ، فأشتريها وأسلمها إليه . فقال عليه السلام : « يا حكيم لا تبع ما ليس عندك »<sup>(١)</sup> .

### فِصْنَلُكٌ

قال : « وإذا أجازه صلى الله عليه وسلم بصفة مضموناً إلى أجل ، كان حالاً أجوز ، ومن الغرر أبعد ... إلى آخره »<sup>(٢)</sup> .

٣٤٦٠ - السلم يفرض على ثلاثة أقسام : مؤجل - وهو جائز بالاتفاق . وحال مقيد بالحلول - وهو جائز عند الشافعى إذا كان المسلم فيه عام الوجود حالة العقد ، خلافاً لأبى حنيفة<sup>(٣)</sup> ، ومعتمد المذهب أن الحلول لا يجر إلى العقد غرراً وعسراً ، وإن أثر في قطع مرفق<sup>(٤)</sup> ، فمسوّغ توسيع الرخص ، معلقاً بغرر ، فإذا وقع التراضي على حذفه لم يضر .

وأما التأجيل في الكتابة فمستحق ، واعتمد بعض الأصحاب فيه تحقق عجز المكاتب عن الوفاء بحق الحلول ، وهذا لست أرضاه ؛ لما سأذكره في الكتابة إن

(١) حديث : « لا تبع ما ليس عندك » رواه أحمد : ٤٣٤ ، ٢٠٢ / ٣ ، وأبو داود : بيع ، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده ، ح ٣٥٠٣ ، والترمذى : بيع ، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عنده ، ح ١٢٣٢ ، والنسائى : بيع ، باب بيع ما ليس عند البائع ، ح ٤٦١٣ ، وابن ماجه : التجارات ، باب النهي عن بيع ما ليس عندك ، ح ٢١٨٧ ، وابن حبان : ٢٢٨ / ٧ ح ٤٩٦٢ . وانظر التلخيص : ٩ / ٣ ح ١١٢٧ .

(٢) ر . المختصر : ٢٠٦ / ٢ .

(٣) ر . مختصر اختلاف العلماء : ٦ / ٣ مسألة ١٠٦٩ ، والأصل : ٢ / ٥ ، ومختصر الطحاوى : ٨٦ ، ورؤوس المسائل : ٢٩٨ مسألة ١٨٧ .

(٤) مرفق : بفتح الميم وكسرها . والمرفق ما يرتفق به ويتفق ويستعان . ( معجم ) ، والمراد هنا مرفق التأجيل .

شاء الله تعالى . والمعتمد أن الكتابة حائدة عن قوانين المعاملات ، وحيدها محتملٌ لمكان رفق ، فإذا زال الرفق ، فارق العقد مورده الشرعي ، والسلم موضوع على مصالح المتعاملين ، وليس نائباً نائياً الكتابة .

فأما القسم الثالث من السلم - فهو ما يفرض مطلقاً من غير تعرض لأجل أو حلول ، وقد اشتهر خلاف الأصحاب فيه ، فذهب بعضهم إلى أن العقد لا يصح ؛ فإن المطلق في العقود محمول على العادة ، وللعادة وقع عظيم في المعاملات ، وقد عم العرف بتأجيل المسلمين فيه ، فالمطلق يحمل على الأجل ، فإذا لم يبيّن ، كان مجھولاً .

والأقسیس الحكم بصحة السلم ؛ فإن الإطلاق مشعر بالحلول في وضعه ، فإنه يتضمن الالتزام ، وكل ملتزم مطالب ، وعليه بنينا حمل الأجرا على الحلول في الإجارة المطلقة .

### فِصْدَلُهُمْ

قال المزني : « والذی اختاره الشافعی أن لا يسلف جزاً من ثیاب ولا غيرها... إلى آخره »<sup>(١)</sup> .

٣٤٦١ - مقصود الفصل الكلام فيما يصح أن يكون رأس مال ، فنقول : إذا كان رأس المال مشاراً إليه ، ولكن كان جزاً ، ففي صحة السلم قولان : أحدهما - وهو الأقسیس الصحة ، وهو اختيار المزني ، ووجهه أن المعین المشار إليه معلوم في عقود [المعاوضات]<sup>(٢)</sup> ، والإشارة مغنية عن القدر والوصف ، إذا لم يكن علينا تعبد في رعاية المماثلة ، ولم يكن على العاقد نظر في جهة الغبطة لطفل أو غيره من يليه ، وهذا قياس ظاهر .

والقول الثاني - أنه لا بد من معرفة القدر والوصف ، كما في المسلم فيه ، والسلم

(١) ر . المختصر : ٢٠٧/٢ .

(٢) في الأصل : المعاملات .

كتاب السلم / باب السلف والنهي عن بيع ما ليس عندك عقد غرر ، وقد يفرض فيه فسخ أو انفساخ ، ثم تمس الحاجة إلى رجوع رأس المال ، ش ١٣٩ ويتنظم منه نزاع / يعسر فصله ، والذي يليق بالحال أن العقد إذا كان مبناه على احتمال غرر لمكان غرض ، فينبغي أن يتوقف من الغرر الذي لا يتضمنه ذلك المرفق . ورأس المال إذا لم يقدر بهذه المثابة .

قال المحققون : اختلاف القول في هذا يقرب من اختلاف القول في الجمع في صفة واحدة بين سلمٍ وبيع ، ووجه الشبه أنا نقدر تطرق الفسخ إلى أحد العقددين دون الثاني ، ثم يفضي القول فيه إلى نزاع عند محاولة التوزيع في الفسخ والإبقاء ، فينبغي أن يبعد السلم من هذا ، ولا يكتفى بحصول العلم والإحاطة في الحال .

ثم نحن في طرد القولين لا نفصل بين المكيل والموزون ، وبين ما ليس كذلك . فلو جعل رأس المال ثوباً غير معلوم الدرعان . اطرد القولان . وأبو حنيفة<sup>(١)</sup> يفصل بين المقدور وغيره ، فيُبطل السلم إذا ترك تقدير ما يقبل التقدير ، ولا يبالي بتطرق الجهة إلى الثياب وغيرها إذا جعلت رأس مال .

وهذا تحكم ؛ فإن التقدير فيما يقبل التقدير إنما يطلب لما فيه من الإعلام المنافي للجهالة ، والجهالة هي المحذورة في عاقبة السَّلْمَ ، فإذا تحققت في الثيابِ ، كانت كما لو تحققت بترك المقدار فيما يقبل [التقدير]<sup>(٢)</sup> .

ومما يتصل بهذا أنَّ رأس المال إذا أحيط بصفاته بطريق العيان ، ولكن كان مجهول القيمة عند المتعاقدين أو عند أحدهما ، فالذي ذهب إليه الأكثرون القطع بصحة السلم . وقال آخرون : الجهل بالقيمة يتضمن تخريج المسألة على قولين ؛ فإن التوزيع يقع باعتبارها . والتراجع يكون بحسبها .

٣٤٦٢- ولو كان العوض جزاً في الإجارة ، فلأصحابنا طريقان : منهم من أجراه مجرئ رأس المال في السلم ، حتى يخرج على القولين . وليس عوضُ الإجارة عند

(١) ر . مختصر اختلاف العلماء : ٨/٣ مسألة ١٠٧٣ .

(٢) في الأصل ، (ص) : المقدار .

هذا القائل كعوض البيع ؛ فإن الإجارة لا ثبات لها إلى انقضاء مدتها ؛ فإن الدار إذا سلمت ، لم ينقطع غرر الإجارة ؛ إذ هي عرضة الانفساخ إذا تلفت الدار في أثناء المدة ، ولو عابت في يد المستأجر ، تعرضت الإجارة لخيار الفسخ ، فشابهت الإجارة السلم فيما ذكرناه ؛ لكنها تفارقه في أن التسليم في عوضها ليس شرطاً .

ومن أصحابنا من قطع بأن الأجرة في الإجارة على قياس العوض في البيع . والإجارة لا تعد من عقود الغرر ، وتقدير التعذر في مقصودها ليس كتقدير التعذر في السلم .

٣٤٦٣ - ولو كان السلم حالاً ، فمن أئمتنا من قطع بأن رأس المال لو كان جزافاً فيه ، جاز ، وإنما القولان في السلم المؤجل ؛ فإنه المعرض للخطر ، والسلم الحال تعامل على ناجز . وهذا اختيار القاضي .

ومن أئمتنا من قال : لا فرق بين السلم الحال والمؤجل في تحرير المسألة على قولين إذا كان رأسُ المال جزافاً .

٣٤٦٤ - ولو كان رأس المال دُرّة لا يصح السلم فيها ، فضبطها بالوصف غير ممكِّن . وإذا انضم إلى ذلك كونها مجحولة القيمة . فهذا من صور القولين إذا كان السلم مؤجلاً ، وإن كانت قيمتها معلومة ، فيعتبر ضبط وصفها . فإن حرصاً على ذكر الوصف ، فالأصل صحة السلم . فإن قيل : لم يمتنع / السلم فيها مع إمكان وصفها ؟ ١٤٠ يقلنا : لعنة وجودها ، وقد ذكرنا أن الشرط في المسلم فيه عموم الوجود ، ولا يعني لاشتراط هذا في رأس المال .

وقال بعض أصحابنا : كل ما لا يصح السلم فيه لا يصح جعله رأس مالٍ على أحد القولين . ومثل هذا وإن ذكر في الكتب محمول عندي على ما إذا لم يطلع على وصفه أو قيمته ، غير أن معظم الناس لا يعتنون بنهايات البيان ، وإذا فصل مفصل ، كان ظاهر تفصيله مخالفًا لإطلاق الأولين ، ولا مخالفة .

### فِصْنَدِلُهُ

٣٤٦٥— قال : « والذى أحتاج به في تجويز السلم في الحيوان . . . إلى آخره »<sup>(١)</sup> .

السلم في الحيوان جائز عند الشافعى ، ولا يشك الفقيه أنه لا يجوز السلم في كل حيوان ، فإنه ما من جنس يطلق القول بجواز السلم فيه إلا وفيه ما يمتنع السلم فيه على ما سنتصه الآن .

والمراعي فيما يجوز السلم فيه أن يكون قابلاً للوصف المعتبر . عام الوجود على الوصف المعتبر ، والقول في الوصف المعتبر لم يعنَّ بضبطه على ما ينبغي ، والذى أراه أن نذكر مسائل السَّلَم على ترتيب السواد<sup>(٢)</sup> ، ونورد في كل مسألة ما يليق بها . ثم نختم المسائل . ونعطي عليها ما يضبط القول في الوصف المعتبر .

ففي الحيوانات ما [تضبوطه]<sup>(٣)</sup> الأوصاف المقصودة ، مع بقاء عموم الوجود . ثم استدل الشافعى على جواز السلم في الحيوان بأخبار وردت في استقرارض الحيوان ، وعلم الشافعى أن المخالف في السلم في الحيوان يخالف في استقراضه . ومبني مسائل السلم على ذكر ما يجوز السَّلَم فيه وما لا يجوز على الجملة ، حتى إذا انتجز الكلام في الجمل ، انعطف الشافعى على ما أجمله ، وذكر مجتمع الوصف في كل فن .

وكلت أوثر أن أجمع مسائلها في تقسيم ضابطة ، ولكن الجريان على ترتيب السواد أولى .

(١) ر . المختصر : ٢٠٧/٢ .

(٢) السواد : المراد به مختصر المزني ، فلفظ السواد يعني هنا : الأصل ، أو المتن . ويتردد في كلام الأئمة الماضين وكتبهم بهذا المعنى كثيراً .

(٣) في الأصل : تضبيط .

## فصل

٣٤٦٦ - أجمع الأئمة على أن الاعتياض عن المسلم فيه لا يجوز؛ فإنه وإن كان موصوفاً، فهو كالبيع في كونه مقصوداً، وإذا امتنع التصرف في المبيع قبل القبض مع فرض توفير الثمن، فال المسلم فيه وهو في الذمة لم يتحصل بعد، بذلك<sup>(١)</sup> أولى. وذكرنا في الاعتياض عن الأثمان قولين في كتاب البيوع.

وغرض هذا الفصل أن الن قد إن التحق به باءُ الثمنية، فهو ثمن، وفي الاعتياض عنه القولان. وإن اتصل باءُ الثمنية بثوبٍ أو غيره، فقد ذكرنا في مسائل البيع خلافاً في أنه هل يكون ثمناً. فلو قال: اشتريت منك عشرة دنانير - ووصفها - بهذه الثوب، وقد اتصل باءُ الثمن بالثوب، وأقيم الن قد على هذه الصيغة مقام المثمن. فإن قلنا: الدرهم ثمنٌ كيف أثبتت في العقد، فيجوز الاعتياض عنه على أحد القولين في هذه الصورة.

وإن قلنا: الثمن ما اتصل به باءُ التثمين، فالثوب ثمن. ولا يجوز الاعتياض عن الدرهم قوله واحداً. وإذا معنا الاعتياض على هذا الترتيب، فهل يجب تسليم الثوب في المجلس؟ فعلى وجهين، قدمنا أصلهما. فإن اتبعنا المعنى، فالعقد سلم، وإن اتبعنا اللفظ، فلم يجر لفظ السلم. فلا يجب التسليم في المجلس.

وممّا يتعلق بهذه الفصل أن الفلوس إذا جرت في بعض البلاد وراجت رواج النقود، فقد ذهب شرذمةً من الأصحاب إلى أنها تلتحق بالنقود في الأحكام. ومنهم من قال: ليس لها حكم النقود، وإنما هي كالأعوااض الرائجة، وإن كسدت، فهي كالأعوااض الكاسدة.

فإذا تبين هذا بيننا عليه أنه لو قال: اشتريت منك / مائة فلس بهذه الثوب، فإن ١٤٠ شقلنا: الفلوس من العروض، فليس في الصفقة ما هو ثمن في جوهره. وإن قلنا: الفلوس لها حكم النقود، فإذا قال: اشتريت منك مائة فلس بهذه الثوب، فهو كما لو

(١) في (ص) و(ت٢) : ذلك.

قال : اشتريت منك مائة درهم بهذا الثوب . وقد سبق الكلام فيه .

وإذا كسدت الفلوس فنادى السلطان بالنهي عن التعامل عليها ، فتنقلب إذ ذاك عروضاً بلا خلاف .

ثم جعل أبو حنيفة<sup>(١)</sup> كسد الفلوس بمثابة تعذر تسليم المعقود عليه . واضطربوا وراء هذا ، قال منهم قائلون : هو كتلف المعقود عليه . وقال آخرون : هو كإباق العبد . واضطربوا على وجوه في الفلس لسنا لها . وأخذها ما ذكرناه . والمذهب أن الفلوس في جوهرها من العروض .

### فِصْلٌ

قال : « ولو لم يذكر أجالاً ، فذكراه قبل أن يتفرقا ، جاز . . . إلى آخره »<sup>(٢)</sup> .

٣٤٦٧- إذا عُقد السلم مطلقاً ، وحكمنا بصحته حملاً على الحلول ، وهو الأصح . فلو<sup>(٣)</sup> أثبنا أجالاً في مجلس العقد ، فظاهر النص أن الأجل يلحق ، وهذا مشهور عند الأصحاب معدود من أصل المذهب .

وفي المسألة وجه آخر ، أن الزوائد لا تلحق<sup>(٤)</sup> في جواز العقد ، كما لا تلحق<sup>(٤)</sup> بعد لزومها . وهذا منقاس . وإن كان المشهور غيره .  
وقد استقصينا القول في هذا في كتاب البيع .

٣٤٦٨- ولو ذكر المتعاقدان في السلم ، أو في بيع الأعيان أجالاً مجهولاً في العرض الثابت في الذمة ، ثم حذفا<sup>(٥)</sup> تلك الجهالة في مجلس العقد ، فالذي ذهب إليه الأصحاب أن الحذف لا ينفع ، وفساد العقد مستمر . فإن أعاداه على الصحة ، كان عقداً مبتدأاً .

(١) ر . بدائع الصنائع : ٢٣٧/٥ .

(٢) ر . المختصر : ٢٠٧/٢ .

(٣) في (ص) ، (ت ٢) : ولو .

(٤) ما بين القوسين ساقط من (ص) ، (ت ٢) .

(٥) الحذف هنا بمعنى القطع ، فمعنى « حذفا تلك الجهالة » : أي قطعاً الجهالة بالتعيين .

وذكر صاحب التقريب وجهاً غريباً حكاه ، معظم الأصحاب عنه . وهو أنهما لو حذف الأجل المجهول في مجلس العقد ، فهل ينحذف حتى يحكم بصحة العقد ؟ واحتاج عليه بأن [قال]<sup>(١)</sup> المتعاقدان في مجلس العقد بمثابتهم بين التواجد<sup>(٢)</sup> ، فكأن العقد لا قرار له ما لم يتفرق .

وهذا الوجه مزيف لا يستقيم على قاعدة مذهب الشافعي ؛ فإن المجلس إنما يتعلق به الحكم إذا صح العقد ، وإذا ذكر في صيغته مفسدٌ ، فلا عقد ، وإذا لم يكن عقدٌ ، فلا مجلس .

ثم تكلم أصحابنا على هذا الوجه الضعيف من وجهين : أحدهما - يتعلق بضبط القول في مجرى هذا الوجه وبيان الأحكام التي يجري فيها هذا الوجه ، والأحكام التي لا يجري فيها .

لا خلاف أن الثمن والمثمن لو أثبت أحدهما على الفساد ، فلا ينفع إصلاحهما في مجلس العقد . وهذا الوجه جارٍ في الأصل كما ذكرناه .

واختلف أصحابنا في جريانه في الخيار الفاسد إذا شرط ، والرهن والحميل ، وزوائد العقد : فمن أصحابنا من طرد هذا في جميع الزوائد التي ثبتت على الفساد .

والأصح تخصيص ما ذكرناه بالأجل ؛ وسيبه أن المتعاقدين في مجلس العقد على حكم الأجل في الثمن ؛ من قبل أن البائع لا يملك مطالبة المشتري بالثمن في المجلس ، وعاقبة المجلس مجهولة ، فكان الأجل مجهولاً ؛ فلم يبعد أن يصلح الأجل في مجلس الخيار ، والكفيل والحميل ليسا في هذا المعنى ، كالأجل . وأماما شرط الخيار الزائد إذا حذف في المجلس ، فهو أقرب إلى الأجل من الكفيل

(١) زيادة اقتضاها السياق . ومن عجب سقوطها من النسخ الثلاث . ويشهد لصحة تقديرنا اتفاق النسخ الثلاث على لفظ (المتعاقدان) بالألف بعد (أن) مما يشهد أنها بسكون النون ، وليس (أن) المشددة . إلا إذا قلنا : إن الإمام جرى هنا على لعة من يلزم المثنى ألف في كل حال ، وعلى هذا تكون زيادتنا (قال) خطأ .

(٢) يعني أنهما ما داما في مجلس العقد ، فكأنهما مازالا في مجال التفاوض والتفاوض ، وإيجاب كل طرف على الآخر ، ما يريد من العقد .

والحميل ؛ فإنه تأخير في لزوم العقد وليس كالأجل ؛ فإنه يتصور رفعه على البت<sup>(١)</sup>.  
والخيار يتصف به العقد . والأجل فسحة في عوض العقد .

والحاصل مما رتب في ذلك أن ما صار إليه الجمhour أن الفساد لا يصلح إلا  
باستئناف العقد .

١٤١

وقال صاحب التقريب : فساد الأجل / يصلح .

وقال غيره : نعم فساد الأجل يصلح ، وكذلك فساد الرهن ، والحميل ،  
والخيار .

وقال آخرون : لا يصلح إلا فساد الأجل وال الخيار .

فهذا ما تكلم الأصحاب فيه .

٣٤٦٩— وما ذكروه تفريعاً على هذا الوجه بعيد أن العقد لو شرط فيه الخيار على  
الصحة ، وأثبت فيه أجل مجهول ، وتفرق المتعاقدان ، وزمان الخيار باق . فهل  
يكون الإصلاح في زمان الخيار بعد التفرق بمثابة الإصلاح في المجلس ؟ فعلى  
جوابين : قال قائلون : زمان الخيار بمثابة زمان المجلس في أن جهالة الأجل يصلح .  
وهذا بعيد ؛ فإن مجلس العقد في حكم الحريم للعقد ، فلا يقاس به الخيار  
المستمر بعد التفرق .

وكل ذلك خطأ ، وخروج عن حد المذهب ، وجريان على مجاري مذهب  
أبي حنيفة .

والذي صح عندي من قول صاحب التقريب : أنا إذا جعلنا<sup>(٢)</sup> إطلاق السلم لا يجوز  
لترددء بين الحلول والتأجيل . فلو فرض إطلاقه ، ثم تبين حلوله أو تأجيله في  
المجلس ، فقد قال صاحب التقريب : لا يبعد أن يتحمل ذلك ؛ فإن العقد لم يستتمل  
على جهالة محققة .

(١) في (ص) ، (ت) : البت .

(٢) في (ص) ، (ت ٢) : قلنا .

وهذا في هذا الطرف بعيد أيضاً ؛ فإنما إذا حملنا إطلاق اللفظ على التردد ، لزم القضاء بالفساد ، وإذا تحقق الفساد ، فلا عقد ولا مجلس .

### فصل

قال : « ولا يجوز في السلف حتى يدفع الثمن قبل أن يفارقه . . . إلى آخره »<sup>(١)</sup> .

٣٤٧٠ - ذكرنا أن من الشرائط في السلم تسليم رأس المال في المجلس . وهذا متفق عليه . ولو فرض التفرق قبل قبضه ، فسد العقد ، ولو جرى القبض في البعض دون الباقي وحصل التفرق ، فسد العقد في القدر الذي لم يجر القبض فيه ، ويسقط بنسبة من المسلم فيه ، وهل يبطل في الباقي ؟ كان شيخي يقول : إذا اشتملت الصفة أولاً على حلال وحرام ؛ ففي انعقاد الصفة في الحلال قولان . وإذا انعقد العقد على عبدين مثلاً ، ثم تلف أحدهما قبل القبض ، وانفسخ العقد فيه ، فهل ينفسخ في العبد الباقي ؟ فعلى قولين مرتبين على التفرق<sup>(٢)</sup> في الابتداء والانتهاء . [والانتهاء]<sup>(٣)</sup> أولى بقول التفرق<sup>(٤)</sup> ؛ لأنه صح أولاً ، ثم اختص الطارئ بالبعض .

إذا وضح طرق الكلام ، فالفرق في قبض رأس المال بين الدرجتين ، وهو أقرب إلى التفرق في الابتداء من مسألة العبددين ؛ فإن قبض رأس المال ركن السلم ، فالانفساخ فيه جرئ بأن يشبه بالفساد .

فليتخيل الناظر ثلاث مراتب : إحداها - العقد . والثانية - ركن العقد . والثالثة - طريان الانفساخ على البعض بعد تمام العقد بشرطه .

ولو سلم رأس المال في المجلس ، وتفرق ، ثم وجد المسلم إليه برأس المال عيباً ، فله رده . وإذا رده ، كان ذلك فسخاً في العقد بعد الصحة وتتوفر الأركان . ولو

(١) ر . المختصر : ٢٠٧/٢ .

(٢) في (ص) ، (ت٢) : التفرق .

(٣) مزيدة لاستقامة النص .

(٤) في (ت٢) : التفرق .

كتاب السلم / باب السلف والنهي عن بيع ما ليس عندك  
تعذر ردُّ رأس المال بتلف حكمي أو حسني ، فيثبت للمسلم إليه الرجوع بالأرث ، حتى  
إذا كان العيب الذي حصل الاطلاع عليه مقدار عشر القيمة يسقط<sup>(١)</sup> في مقابلته عشر  
المسلم فيه ، وهذا هو الأرث .

٣٤٧١ - ويجب وراء هذا التتبُّه لدقيقتين : إحداهما - أن هذه الصورة لا تلتحق  
بتفرق الصفة ، حتى يقال : « ارفع العقد في عشر ، فهل يرتفع في التسعة الأعشار ؟  
فعلى قولين » ، بل لا يرتفع في التسعة الأعشار قولاً واحداً . والسبب فيه أن القبض قد  
جرى في رأس المال . وهذا المستدرك لم يتضمن تبعيض القبض في رأس المال ،  
والدليل عليه أنه لو كان باقياً ، أمكن الرضا به . ولكن أثبت الشع طريقاً في استدرراك  
الظلامة ، وجهة<sup>(٢)</sup> الاستدرراك عند البقاء<sup>(٣)</sup> الرد ، عند الفوات الأرث . والعقد لم  
ش ١٤١ يختل ركه ؛ فالعشر إذن محظوظ . ولا يقال : انفسخ العقد فيه ، بل حطه / مستحق .  
فهذا بيان ما ذكرناه .

ومما وجب التتبُّه له أنه إذا سقط العشر مثلاً ، فلا خيار لمن يحط العشر عن  
استحقاقه . ونحن ثبَّتَنَا لخيالات تنحط عن هذا . ولكن الوجه أن هذا حقٌّ  
مستحقٌ شرعاً ، فلا خيرَة مع حكم الشرع .

والحقيقة الثانية - أن الرد إذا تعذر ، ففي كلام الأصحاب تردد في أن الأرث يثبت من  
غير إثبات . أم لا بد من إثباته ؟ ظاهر كلام القاضي<sup>(٤)</sup> أن الأرث يثبت من غير حاجة  
إلى إثباته ، وإنما التردد والخيرة في حالة البقاء . فإن شاء رد . وإن شاء رضي به معيلاً .  
وبسبب التردد أنا لو لم نقل به ، لكان<sup>(٥)</sup> بدُّ العيب متضمناً انفساخ العقد . وهذا  
بعيد عن وضع العقد ومصلحته . فأما إذا فات الرد ، فالوجه ثبوت حق صاحب الحق  
مع بقاء العقد .

(١) في (ص) ، (ت٢) : يقسط .

(٢) في (ص) ، (ت٢) : وجهه .

(٣) في (ص) ، (ت٢) : انتفاء .

(٤) في (ص) : الشافعي .

(٥) في (ص) ، (ت٢) : فكان بدُّ العود .

ومن أصحابنا من قال : لا يثبت الأرش بنفس الاطلاع على العيب مع تعذر الرد ؛ فإنَّ الرضا بالعيب كان ثابتاً في البقاء ، فليثبت إمكانه وحكمه بعد الفوات . فعلى هذا يثبت الأرش بالطلب الجازم .

وهذا قريب من التردد في أنَّ ملك الشفيع متى يثبت في الشخص المشفوغ ، غير أنه يتوجه في الشفعة جهاتٍ من القضاء ، وتأدية الثمن والطلب ، وهاهنا لا وجه إلا الربط بالطلب .

### فِصْنِيلُكْ

قال : « ويكون ما يسلف فيه موصوفاً ... إلى آخره »<sup>(١)</sup> .

٣٤٧٢ - قد ذكرنا أنَّ أحد شرائط السَّلْم كونُ المسلم فيه موصوفاً ؛ فإنَّ الإعلام لا بد منه . فإذا لم يكن عياناً ومشاهدة ، فلا بد من الوصف . ثم بعض الأوصاف المقصودة لا تكفي ، ولا بد من استقصاء كل وصف مقصود .

ثم يكفي - عند القبض والتسليم - في كل وصف ما ينطلق عليه الاسم ، ولا يطلب الأقصى ؛ فالنهايات لا ضبط لها حتى لو أسلم في كاتب ، فيكتفى بما ينطلق عليه اسم الكتابة ، لا يشترطُ التبحر فيها . وكذلك القول في الصفات المشروطة في بيع الأعيان . فإذا شرط كون العبد المشتري كاتباً ، اكتفي في الوفاء بالشرط بالاسم . كما ذكرناه .

ثم من الأوصاف ما يهتمي إليها الخواص والعوام ، كأوصاف الحنطة والشعير ، وما في معناهما ، والثياب المتخذة من القطن ، وما كان من هذا القبيل فأوصافها قليلة . ومنها ما لا يهتمي إلى معرفة أوصافها إلا أهل الصنعة كأنواع القطن والإبريس والمماليك .

٣٤٧٣ - وقد ذكر شيخي وصاحب التقريب في ذلك ترتيباً ، ونحن نظرده على وجهه . قالا : إذا وقع السَّلْم في موصوف أوصافه المقصودة معروفةٌ في الناس ،

٢٨ ————— كتاب السلم / باب السلف والنهي عن بيع ما ليس عندك فالسلم صحيح لا يأتيه خلل من قبيل الوصف . والأولى إذا تعاقداً أن يُشهدَا على الأوصاف ؛ حتى لا يتنازعَا ، والإشهاد مستحب غير مستحق ، ولا يستحق الإشهاد إلا في النكاح .

وإن كان الجنس المطلوب مما يختص بمعرفة صفتِه المتعاقدان فيما زعمَا ، فالسلم باطل ؛ فإن المطلوب مجهول عند الناس . ولو تشاجر المتعاقدان لم يُذْرَ كيف تداعيهما ، وعاد مقالهما تراطناً بينهما . وعقد السلم عقد غرر ، فينبغي أن يُتوَقَّى أمثال ذلك ، ولو لم تُجتب ، لأنضم إلى أصل الغرر في العقد وترتب منها عَمَىَة .

ولو كانت تلك الصفة بحيث يعرفها عدد الاستفاضة ، فيصح العقد ، ولا يشترط حضور أحد ، بل يشترط ما ذكرناه ، ليعرف عند التزاع تناكرهما<sup>(١)</sup> وتقاربهما<sup>(٢)</sup> .

وإن عرف الصفة عدلاً ، فهل يعتمد العقد معرفتهما حتى يصح ؟ أم لا بد من عدد الاستفاضة ؟ فعلى وجهين .

ي ١٤٢ وزعم الإمام أن هذا القياس يطرد في تعين المكيال / على ما سمع قد فيه فصلاً . والذي نعجله منه أنهما لو ذكرَا مكيالاً شائعاً ، صح التقدير به إذا كان يعرفه أهل الاستفاضة . فإن ذكرَا مكيالاً زعماً أنهما يعرفانه ، وكان لا يعرفه غيرهما ، فالسلم باطل . وإن كان يعرف ذلك المكيال عدلاً ، فوجهان إذا لم يشع العلم في عدد الاستفاضة .

وليس ما استشهدنا به في تعين<sup>(٣)</sup> المكيال إشارة إليه ؛ فإن ذلك فن يأتي . وإنما هذا في ذكر مكيال معلوم أو مجهول ، كما فصلنا .  
وهذا الترتيب حسن .

[ولكن فيما وقع القطع بفساد السلم فيه احتمال . والأظهر الفساد .]

(١) ناكره : أي خادعه ودهاه . (معجم) .

(٢) في (ص) ، (ت٢) : أو تفارقهما .

(٣) في (ت٢) : تغير .

وليس هذا الذي خضنا فيه الفصل الموعود في<sup>(١)</sup> ضبط الوصف<sup>(٢)</sup> المعتر .  
وذلك يأتي في فصل ، إن شاء الله .

### فِصْلٌ

قال : « قال الله عز وجل ﴿ يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَهْلَةِ ﴾ [البقرة : ١٨٩] . . . إلى آخره »<sup>(٣)</sup> .

٣٤٧٤- الغرض من الفصل أن السلم إذا اشتمل على الأجل ، فلا بد من إعلامه ، فإذا أجل إلى شهر ، صح ، وحمل على الشهر العربي . والشهور العربية بالأهله ، ومعلوم أن الشهر ينقص ويكمel ، وما يتوقع من كمال ونقصان محتمل بلا خلاف .

ويبعد تطبيق أول الأجل على أول الشهر ، والغالب أن تردد الشهر يقع في الشهر الثاني والثالث . فإذا وقع التأجيل ثلاثة أشهر ، فلينكسر الأول غالباً ، وكل شهر انكسر في الآجال أكملناه ثلثين يوماً ، ولم ننظر إلى ذلك الشهر انتقص أم تكمel ، فإذا شهر الثاني والثالث بالهلال ، والشهر الأول المنكسر على الكمال ، فنستكمله من أيام الشهر الرابع . حتى لو وقع الأجل وقد بقي من الشهر لحظة ، انكسر الشهر بها ، ولزم من انكساره إكماله .

وبيان ذلك بالمثال أن ابتداء الأجل لو وقع وقد بقيت لحظة من شهر صفر ، فنقص الربيعان ، ونقص جُمادى ، فأما الربيعان فشهران محسوبان بالأهله ، وأما جُمادى فإذا نقص ، كملناه بيوم من جُمادى الآخر .

وكنت أود في هذه الصورة أن نكتفي بالأشهر الثلاثة ؛ فإنها جرت عربية كواهل وإن نقصت عدة الأيام . وإنما يكمل إذا كان بقي من الشهر أيام بحيث لا يمكن من احتساب شهر كامل عربي ، فيأخذ من أيام الشهر الثالث ما يكمل أيام شهر صفر ثلاثة .

(١) ما بين المعقفين ساقط من الأصل :

(٢) في (ص) ، (ت ٢) : وصف الفصل .

(٣) ر . المختصر : ٢٠٧/٢ .

فاما إذا استمرت لنا أشهر عربية ، فليقع الاكتفاء بهذا .

وعلى هذا أمر العدة المنوطة بالأشهر .

وإذا كان الأجل إلى انقضاء شهر ، أو انسلاخه ، أو انقضاء السنة ، جاز .

وإن احتاج المتعاقدان إلى وقفه في درك ما بقي من السنة .

قال الأئمة : هذا في الألفاظ يناظر ربط إعلام المبيع بالعيان في مثل قول القائل :  
بعتك من موقف قدمي إلى الشجرة .

ثم كما<sup>(١)</sup> انقضى الشهر أو السنة حكم بحلول الأجل .

٣٤٧٥ — ذكر صاحب التقريب فصولاً في العبارات عن الأجل . ونحن نذكرها ،  
ونتخذها أصولاً .

فمنها أنه لو أجل شيئاً إلى نفر الحجيج ، فإن قيده بالنفر الأول في سنة مخصوصة ،  
صح . وإن ذكر النفر مطلقاً ، أو أضافه إلى السنة المعلومة ، ففي المسألة وجهان .  
هكذا ذكر صاحب التقريب : أحدهما - يفسد الأجل لتردد محله بين النفرتين . والثاني -  
يصح ، ويحمل على النفر الأول ؛ فإنه تحقق الاسم به . وهو كما لو قال : إلى يوم  
عشوراء ، فالأجل صحيح ، وأخره محمول على أول جزء من اليوم ، فإن الاسم  
يتتحقق به ، فحمل على الأول ، ولم نلتفت إلى تمادي اليوم إلى غروب الشمس .

والحق العراقيون بذلك ما لو أجله بشهر ربيع أو جمادى من سنة معلومة ولم يذكر  
ال الأول والآخر ، وهذا قياسٌ ما ذكره صاحب التقريب / في النفر .

ثم يتحقق بهذا عندنا أصل نمهده أولاً ، ثم نفرعه ، وهو أن آخر الشهر اسم ينطلق  
على ما يبقى بعد نصف الشهر إلى الانقضاء ، وليس المراد بالأخر الجزء الأخير ،  
فيقال : العشر الأول . وأواخر الشهر . والقول في الأول كالقول في الآخر ، فهو  
اسم ينطلق على النصف ، ولا يتخصص به الجزء الأول .

ثم أطلق أصحابنا وقالوا : إذا قال : إلى آخر الشهر أو إلى أول الشهر الفلانى ،

(١) « كما » : بمعنى ( عندما ) .

كان ذلك مجهولاً ، حتى ينص على ما يعينه في الأول والآخر .

وهذا مشكل عندي .

وإذا كان الأصحاب يرددون القول في الربع المطلق والنفي ، وحمله بعضهم على ما ينطلق عليه الاسم أول مرة ، فهذا يتوجه في الأول والآخر من الشهر ، حتى يقال : يحمل الأول على الجزء الأول ، ويحمل الآخر على الجزء الأول من النصف الثاني . وقد ينقدح للغطان حمل الأخير على الجزء الأخير ، وحمل الأول على الجزء الأول .

وإذا لم يكن لصاحب المذهب نص ، ورجع الكلام إلى معاني الألفاظ ، اتسع المقال ، وارتفع الحرج .

ولست أرى مثل هذا مخالفة في المذهب ؛ فإن المحذور خلاف نص المذهب ؛ كيف وقد نصوا على أن ذكر اليوم - من غير عبارة تقتضي الظرف - محمول على أوله وإن كان اسم اليوم يشمل<sup>(١)</sup> الجميع ، فليكن الأول شاملاً لنصف ، والآخر شاملاً لنصف شمول اسم اليوم لساعات .

فإذا قال : أجلتك إلى يوم الجمعة ، حل الأجل بطلوع فجر يوم الجمعة . وإذا قال : أجلتك إلى شهر كذا ، فكما<sup>(٢)</sup> استهل تبين حلول الأجل معه .

ولو قال : تؤديه في يوم كذا ، أو شهر كذا ، لم يجز ؛ لأنه جعل جميع أجزاء اليوم ظرفاً ومحلًا ، فكانه قال : محل الأجل وقت من أوقات يوم كذا . وجوز أبو حنيفة هذا . وذكر صاحب التقريب ذلك وجهاً لبعض أصحابنا ، لم أره لغيره .

وإذا جعل محل الأجل فعلاً يتقدم أو يتأخر ، فهو مجهول . مثل أن يقول : إلى الحصاد أو إلى الدياس . وكذلك إذا قال : إلى العطاء ، يعني خروج الأعطيه . ولو قال : إلى وقت العطاء وكان له وقت معلوم ، جاز ، ولو قال : إلى وقت الحصاد ، لم يجز ؛ لأنه ليس له وقت معلوم .

ولو قال إلى النيروز والمهرجان ، فالذهب الجواز ؛ لأنه معلوم مفهوم عند

(١) في (ت٢) : يحتمل .

(٢) فكما : فعندما .

كتاب السلم / باب السلف والنهي عن بيع ما ليس عندك  
 الناس ، ومنع بعض الأصحاب ذلك ، وهو مشهور ، ولست أرى له وجهاً إلا الحمل  
 على مسير الشمس ؛ فإن النيروز والمهرجان يطلقان على الوقتين اللذين تنتهي الشمس  
 فيهما إلى أوائل برجي الحمل والميزان . وقد يتفق ذلك ليلاً ، ثم ينخس مسير الشمس  
 كل سنة بمقدار ربع يوم وليلة وشيء ، ومن اجتماع هذان التفاوت الكبais في حساب  
 الفلك .

ولو قال : إلى فصح النصارى وفطير اليهود ، وكان لا يعرف ذلك ، والرجوع فيه  
 إلى النصارى واليهود ، فهذا مجھول ، ولا سبيل إلى اعتماد قول الكفار . هكذا قال  
 الشافعي .

ولو أسلم منهم طائفة ، وأجلوا بالفصح والشعيانين ، وكانوا يعرفون ، فمفهوم نص  
 الشافعي في التعليل بالمنع عن الرجوع إليهم يدل على أن ذلك جائز في الذين أسلموا ،  
 وهم لا يحتاجون إلى المراجعة .

ومن أصحابنا من لم يجوز ذلك . ولا محمل له إلا اجتناب التأقيت بمواقيت  
 الكفار . ويمكن أن يقرب من اختصاص المتعاقدين بمعرفة الأجل حتى يتزل هذان على  
 ي ١٤٣ ما ذكرناه في الوصف النادر ، والمكيال النادر / .

### فصل ثالث

قال : « وإن كان ما أسلف فيه مما يکال ، أو يوزن سميا مکيالاً معروفاً عند  
 العامة . . . إلى آخره »<sup>(١)</sup> .

٣٤٧٦ - القول في هذا الفصل يتعلق بأمرین : أحدهما - ذكر المكيال مطلقاً .  
 والثاني - تعین المكيال بالإشارة . فأما ذكر المكيال مطلقاً ، فقد تقدم بما ذكرنا العام  
 والمستفيض ، وما لا يعرفه غير المتعاقدين ، وما يعرفه عدلان سواهما .  
 وهذا كالوصف .

والغرض الآخر من الفصل التعیین .

والقول في هذا ينقسم إلى ما يشار إليه<sup>(١)</sup> في بيع العين ، وإلى ما يشار إليه<sup>(٢)</sup> في السلم . فأما تفصيل القول فيما يشار إليه في السلم ، فإن وقعت الإشارة إلى قصعة ما جرى العرف في الكيل بها وبأمثالها ، فقد اتفق الأئمة على بطلان السلم . والسبب فيه أن ملأه<sup>(٢)</sup> مجهول ، والمسلم لا يدرى أن ما أسلم فيه ما سعره ؟ أرجيخص هو أم غال ؟ وينضم إلى ذلك أن القصعة عرضة التلف ؛ فهذا غرر أدخل على السلم من غير مرافق . ولو تلفت القصعة ، لم يدر المتعاقدان إلى ماذا رجوعهما .

وإن أشار إلى مكيال ملء معلوم ، وشرط أن يقع الكيل به دون غيره ، ففي المسألة وجهان مشهوران : أحدهما - أن العقد يفسد ؛ لإلزام ما لا يلزم ، مع تعرض ذلك المعين للتلف ، كما قدمناه . والوجه الثاني - أن السلم يصح ، والمعقود عليه ملء ذلك الصاع ، وتعيين ذلك فاسد ، لا يتعلق بعرض العقد ، وقد ذكرنا أن الشرائط التي لا تتعلق بعرض العقد ملغاة ، لا حكم لها .

هذا قولنا في تعين المكيال بالإشارة في السلم .

٣٤٧٧ - فأما التعين في بيع العين ، فإذا قال : بعثك ملء هذه القصعة من هذه الصبرة ، فالأصح الصحة . وفيه وجه أنه لا يصح ؛ لجهالة المعقود عليه ، والعيان غير محيط بالمبيع ، وإنما إحاطته بطرفه . والأصح الوجه الأول ؛ فإن التعويل الأظهر على ما ذكرناه من الغرر في السلم ، ولا غرها هنا .

ولو عين مكيلاً معتاداً في بيع العين ، وشرط الكيل به ، فيباع العين والسلم بمثابة في هذه ؛ فإن ملء الكيل معلوم في العقددين ، والمكيال لا يتعين بالشرط فيهما . وإنما الكلام في الحكم بشرط لا يلزم ولا يتعلق بعرض العقد . والسلم الحال بين بيع العين والسلم المؤجل . فمن أصحابنا من ألحقه بالقصعة والمكيال المعلوم باليع ، ومنهم من ألحقه بالسلم المؤجل .

(١) ما بين القوسين ساقط من : (ص) ، (ت٢) .

(٢) كذا بتذكير الضمير على تأويل بمعنى المكيال .

### فِصَالِقُ

قال : « ويكون المسلم فيه مأموناً في محله . . . إلى آخره »<sup>(١)</sup> .

٣٤٧٨ - أراد بذلك أنَّ المسلم فيه ينبغي أن يكون بحيث يغلب وجوده في العادة عند المحل المشروط . فلو كان معدوماً عند المحل ، فالسلم باطل قوله واحداً ، وهو كما لو جعل محل الرطب الشتاء أو الربيع ، وكذلك لو كان نادر الوجود بحيث يتذرع تحصيله ، وقد لا يصادف ، فلا يصح السلم . وهذا هو المعنى بقول الفقهاء : لا يصح السلم فيما يعسر وجوده ، ومثل الأئمة هنا بالسلم في قدر [ صالح ]<sup>(٢)</sup> من تمرٍ في أول ما يدرك الجنس ، وهو إن وجد ، فقليلٌ يتهادى باكورة<sup>(٣)</sup> ، وظهور التعسر في التحصيل كالعدم ، وهو بمثابة ما لو باع عبداً آبقاً وكان رده عسراً ، فالبيع باطل ، وإن لم يكن مأيوساً .

وهذا فيه فضل نظر .

فإن كان المسلم فيه مما يغلب على القلب فقده ، ولا يبعد - على ندورٍ - وجوده ، فالسلم باطل . وإن كان مما يغلب على القلب وجوده ، ولكن كان لا يتوصل إلى تحصيله إلا بمشقة عظيمة ، ينكمف بمثلها الطالبون عن الطلب غالباً ، فمن أئمتنا من ش ١٤٣ قال : السلم باطل في هذه الصورة ؛ لأنَّه عقدٌ غرِّير ، فلا يتحمل معاناة المشاق العظيمة . ومنهم من قال : إنه يصح . ولعله القياس .

وال المسلم إليه إذا التزم أمراً وكان التحصيل فيه ممكناً غالباً ، فعليه الوفاء بما التزمه على يسر أو عسر . والشرط عند هذا القائل إمكان التحصيل في الوقت المشروط من غير استئخار فيه .

(١) ر . المختصر : ٢٠٧/٢ .

(٢) في الأصل : صاع . والمراد « بقدر صالح » هنا ، أي مقدار كبير غير معهود أو متوقع في بواكيير الشمار .

(٣) الباكور : أول ما يدرك من الثمر .

## فِصْلُ الْأَوْصَافِ

٣٤٧٩ - ذكر الشافعي من هذا الموضع إلى آخر الباب تفاصيل ما يجب ذكره من الأوصاف في الأجناس التي يصبح السلم فيها ، وعقدَ بعد نجاز غرضه باباً فيما يصح السلم فيه . ونحن نذكر الأجناس التي ذكرها على ترتيب السواد ، ونورد في كل جنس ما ذكره الأصحاب . ثم نعقب المسائل بما وعدهناه من الضبط في الصفات ، إن شاء الله تعالى .

قال : « فإن كان تمراً قال : صَيْحَانِي أَوْ بَزْنِي »<sup>(١)</sup> فالمراد أنه إذا أسلم في التمر ، فلا بد من ذكر نوعه ولو نه ، ولا بد من ذكر كونه حديثاً أو عتيقاً .

وقد ردّ أصحابنا ذكر الحديث والعتيق في الأطعمة . وليس يطرد القول فيها على منهاج واحد ، فكل جنس يختلف الغرض والثمن فيه بأن يكون جديداً أو عتيقاً ، كالتمر الذي نحن في بيانه ، فلا بد من التعرض له . وكل جنس لا أثر للحدوث والعتق فيه ، فلا حاجة إلى التعرض لذكره . فلو أسلم في الرطب ، ذكر فيه ما ذكرناه في التمر ، ولا يتعرض للحدوث والعتق .

وإن أسلم في حنطة ، ذكر الأوصاف المقصودة فيها ، وتعرض لنوعها ، فذكر أنها شامية أو ميشانية<sup>(٢)</sup> . وإن كان يختلف الغرض باختلاف البقاع ، نسبها إلى الناحية المقصودة ، ويفصفها بالحدارة<sup>(٣)</sup> والدقة . وذكر بعض أصحابنا أن التعرض للحدوث والعتق واجب فيها ، كما ذكرناه في التمر .

وقال آخرون : لا يجب ذكرهما ؛ فإن الغرض لا يختلف في الحنطة . فإن وقع التعرض لذلك ، كان احتياطاً ؛ فإن العتق المحذور فيها يُدنيها من التسويس ، ومطلق العقد يقتضي سلامة المسلم فيه ، فلا حاجة إلى ذكر ذلك .

(١) ر . المختصر : ٢٠٧/٢ .

(٢) نسب إلى (ميشة) من قرئ جرجان (ر . معجم البلدان) . والسبة هنا على غير قياس .

(٣) الحدارة : الغلظ (معجم) .

ثم قال الشافعي : ويدرك حالاً أو مؤجلاً . وهذا تعلق به مَنْ شَرَطَ التعرض للحلول والتأجيل . ومن لم يشترط ذلك وحمل المطلق على الحال - وهو الصحيح - حمل ما ذكره الشافعي على الاحتياط .

ثم قال في الحنطة : يصف حصادَ عامَ مسمى . وهذا إن كان مقصوداً ، فالأمر فيه يتوقف على أن ذلك هل يدرك ، وإن أدرك ، فهل يشيع إدراكه ؟ وقد مضى فيه قول بالغ .

### فِصْلٌ

قال : « ويكون الموضع معروفاً . . . إلى آخره »<sup>(١)</sup> .

٣٤٨٠ - من أصحابنا من قال : أراد الموضع الذي يرتفع<sup>(٢)</sup> منه الطعام المسلم فيه ، فيذكر أنه تمر ناحية كذا ، وفرض فيه إذا كان الغرض يختلف بهذا ، أو كانت الناحية التي سماها لا يخالف<sup>(٣)</sup> رَيْئِه غالباً .

فإن كان موضعًا ضيقاً كقرية صغيرة ، أو مَحَلَّة ، أو بستان ، فقد أطلق أصحابنا أن هذا النوع من التعين يُبطل السلم .

وفي هذا نظر ومحاجة . فإن أشار إلى نخلة أو نخلات ، أو بستان يحوي نخلات ، فالسلم باطل . وانختلف أصحابنا في تعليله : فمنهم من قال : سبب البطلان التعين ، وهو منافٍ للدَّيْنِيَّة المرسلة . وحق المسلم فيه أن يكون ديناً مرسلاً ينبع من الملزِم<sup>(٤)</sup> في تحصيله على يسر ، فإذا عُيِّنت نخلة أو نخلات ، ضاق مجال التحصيل . وكان المعين عرضة للآفات ، فيجتمع فيها ظهورُ توقع الآفة ، وضيق مجال التحصيل .

١٤٤ يـ وهذا القائل / يقول : المعتبر ما دلّنا عليه بمنظوم الكلام ومفهومه ، حتى لو عين

(١) ر . المختصر : ٢٠٧/٢ .

(٢) يرتفع : ينتقل . (معجم) .

(٣) في (ت٢) : يختلف . ويختلف معناها يختلف ، وينقطع .

(٤) في (ص) ، (ت٢) : ينبع المسلم الملزِم .

كتاب السلم / باب السلف والنهي عن بيع ما ليس عندك      ٣٧  
ثمار ناحية متعددة يبعد أن يعمها آفة ، ولا يضيق مجال التحصيل فيها ، فالسلم صحيح .

وسلك بعض أصحابنا مسلكاً آخر فقيها<sup>(١)</sup> فقال : كل تعين يضيق المجال ، يفسد السلم ، وإن لم يضيق المجال ، فالشرط أن يفيد التعين نوعية في المذكور ، وهو بمثابة تمر البصرة ، أو تمر ناحية أخرى ، لو قيس به تمر ناحية أخرى . وإن جمعهما الصنف اشتاماً لا يجمعهما النوعية ، وهذا كالمعقولي البصري ، يمتاز عن المعقولي البغدادي لا محالة . وهذا عام في فواكه النواحي . ولعله من الأهوية والتربة ، في مطرد العرف .

فما كان كذلك ، صح . وما لم يكن كذلك ، فالتعيين فيه مفسد ؛ فإنه تعين لا غرض فيه .

فخرج أن من أصحابنا من اعتبر في الجواز اتساع<sup>(٢)</sup> المحل ومنهم من اعتبر ذلك ، واعتبر معه غرض النوعية . ثم من لم يعتبر غرض النوعية ، ففي قوله احتمال عندي ، يجوز أن يتعين ربع القطر الذي عينه ، ويجوز أن يقال : الغرض تحصيله أو تحصيل مثله ، ويلغو ذكر التعين ، كما يلغى تعين الصاع في وجه إذا كان له أمثال . ومن اعتبر النوعية ، فإذا عينها وبنى العقد عليها ، فلو فرض تمر بغداد مساوياً لتمر البصرة من كل وجه ، فهذا القائل يكتفي به لا محالة ، ويقول : لم يكن الغرض بتعيين الناحية التعين على الحقيقة ، ولكن الغرض العبارة عن النوع . [والأوصاف]<sup>(٣)</sup> قد لا تصاغ لها عباراتٌ فردة ، وإنما تستبان بالإضافات .

هذا تفصيل القول في التعيين المصلح ، والتعيين المفسد .

٣٤٨١ - ومن أصحابنا من حمل قول الشافعي : « ويكون الموضع معروفاً » على مكان التسليم . والنصوص متعددة في هذا ، والأصحاب مختلفون فيه .

(١) في (ص) ، (ت٢) : فقهياً .

(٢) في (ص) : اتباع ، (ت٢) : اتباع المحل .

(٣) ساقطة من الأصل .

كتاب السلم / باب السلف والنهي عن بيع ما ليس عندك  
والترتيب أن عقد السلم إن جرى في مكان لا يصلح للتسليم بأن كان في مفازة ، فلا  
بد من تعين مكان التسلیم .

وإن وقع العقد في مكان يصلح لتسليم المعقود عليه فيه ، فهذا موضع التردد .  
من أصحابنا من قال : إن كان لحمل المسلم فيه مؤنة ، وجب تعين مكان التسلیم  
ذكراً ، فإن لم يذكر ، فسد العقد ، وإن لم يكن لحمل المسلم فيه مؤنة ، ففي المسألة  
قولان : أحدهما - يجب التعین ؛ فإن الأغراض تختلف باختلاف أماكن التسلیم ،  
وليس المؤنة كل الغرض . والثاني - لا يجب ، ويحمل مطلق العقد على استحقاق  
التسليم في مكان العقد .

ولم يصر أحد إلى صحة العقد ، وإرسال مكان التسلیم ، بل إما الفساد وإما تعین  
مكان العقد .

وهذه الطريقة في الترتيب هي الصحيحة .

ومن أصحابنا من عكس ، وقال : إن لم يكن للحمل مؤنة ، لم يعتبر المكان ،  
وتتعین مكان العقد . وإن كانت ، فقولان : أحدهما - الفساد . والثاني - الصحة .  
ووجهه أن العرف يحمل التسلیم على مكان العقد .  
وهذا لا يسلمه القائل الأول .

ومن أصحابنا من طرد القولين فيما فيه مؤنة ، وفيما لا مؤنة فيه .

وطرد المحققون أصلاً على هذا في جميع الديون ، فقالوا : إذا عجل من عليه  
الدين المؤجل ما عليه ، فامتنع مستحق الدين ، فإن كان له غرض من توقي نهب أو  
غارة ، أو فساد يتسرع إلى ما يقتضيه ، فله الامتناع . وإن لم يكن له غرض في  
الامتناع ، نظر : فإن كان للمعجل غرض في التعجيل من فك الرهن أو غيره من  
ش ١٤٤ الأغراض/ الصحيحة ، فظاهر المذهب أن مستحق الدين مجبر على قبضه ؛ إذ  
لا غرض له في الامتناع ، وللمعجل غرض [في التعجيل . وإن لم يكن للمعجل]<sup>(١)</sup>  
غرض ظاهر ولا للممتنع غرض بين ، ففي المسألة قولان .

(١) ساقط من الأصل .

ومن أصحابنا من قال بطرد القولين في الدين المؤجل ، وإن كان للمعجل غرض .  
ثم كيما فرض الأمر ، فمقصودنا من الفصل أنا إن أجبرنا على القبول ، أو فرضنا  
في الدين الحال ، وجرينا على الأصح من أنه يجبر المستحق على القبول ، فإنما يجري  
الإجبار إذا كان المسلم يُسلم ما عليه في المكان المتعين شرعاً أو ذكراً ، فمن أراد  
التسليم في غيره ، لم يجز ، ولم يجبر صاحبه .

٣٤٨٢- ثم قال الشافعي : « ولا يستغني في العسل . . . إلى آخره »<sup>(١)</sup> .

إذا أسلم في العسل ذكر في أوصافه أنه جبلي ، أو بدلي . والجبلي خير ، وأنه  
خريفي أو ربيعي ، والخريفى خير ، ويصف اللون ، ويختلف الغرض فيه . ولا يشترط  
أن يذكر كونه مصنف من الشمع ؛ لأن الإطلاق يقتضي ذلك ، واسم العسل لا ينطلق  
على الشمع . ثم إن أتى به مصنف بالشمس أو بالنار اللينة القريبة من الشمس حتى  
لا تعدد أجزاء العسل ، ولا تزيد على تمييز الشمع ، فيقبل ذلك . وإن كانت النار أثرت  
في التعقيد ، لم يقبل .

ولا حاجة إلى ذكر هذه التفاصيل في العقد ؛ فإن العسل المطلق هو النقي عن  
الشمع ، من غير أن يلحقه عيب . والتعقيد في العسل عيب ؛ ولا حاجة في السلم إلى  
التعرض للبراءة من العيوب ، لا مجملأ ، ولا مفصلاً ؛ فإن استحقاق السلامة مقتضى  
إطلاق العقد .

ولو جاء بعسل ذاتب ، فإن كان بحرارة الهواء ، قبل ، وسيتماسك إذا اعتدل  
الهواء . وإن كان اندماعه بعيوب ، لم يقبل .

والسلم في الشهد<sup>(٢)</sup> جائز ، وإن كان مركباً . وهذا النوع من التركيب له أثر في بيع  
العين . ولذلك لم نجُوز بيع الشهد بالشهد ، وجوزنا بيع اللبن باللبن . والسبب فيه أن  
تعوييل السلم على الوصف ، لا على صورة التركيب والاتحاد ، والوصف يحيط

(١) ر. المختصر : ٢٠٧/٢ .

(٢) الشهد (فتح وضم) : العسل في شمعه .

٤٠ ————— كتاب السلم / باب السلف والنهي عن بيع ما ليس عنده بالشهد ، وليس كالمعجونات ذوات الأخلال المقصودة ؟ فإننا سنذكر بعد هذا أن السلم فيها باطل ، ونوضح الفرق إذ ذاك .

٣٤٨٣- ثم قال : « ولو اشترط أطيب الطعام أو أرداه لم يجز . . . إلى آخره »<sup>(١)</sup> . أما لو ذكر الأجود ، فإنه لا يجوز ؛ فإنه لا جيد إلا ويُرتفق فوقه أجود منه ، فيؤدي ذكر الأجود إلى نزاع لا ينقطع . وأما ذكر الجيد ، فليس كذلك ؛ لأنه يتزل على أدنى درجات الجودة ، وتنقطع الخصومة .

وأما السلم في الرديء شرطاً وذكراً ينظر فيه ، فإن كان رداءة النوع ، كالسلم في النوع الرديء من التمر ، مثل مصران الغارة ، والجعور ، فالسلم صحيح . وإن لم يتعرض للنوع الرديء ، ولكن ذكر لفظ الرديء مع ذكر النوع ، فالسلم باطل ؛ فإن الرديء إذا لم يرده النوع ، جر نزاعاً لا ينقطع ؛ فإن المسلم يأتي برديء ، فيقول المسلم : هذا غاية في الرداءة ، ولست أرضي به ، ودون هذا رديء لا يبلغ هذا المبلغ في الرداءة .

١٤٥      ولو أسلم في نوعٍ وعيته ، وذكر الأردا ، ففي المسألة / قولان : أحدهما - أن العقد يبطل لذكر الرديء . والثاني - لا يبطل ، فإن جاء المسلم إليه برديء ، فقال المسلم : أريد أردا من هذا ، لم يلتفت إليه ، وعد متعتاً في طلب الأردا . وإن طلب أمثل مما جيء به ، لم يكن له ذلك ، وقد ذكر الأردا .

وقد رد الشافعي شرط الجيد في كل صنف . واتفق الأئمة على أن ذكر الجيد ليس بشرط ؛ فإن مطلق الجيد معناه السليم من العيب ، وهذا يقتضيه العقد من غير ذكر ، فإن ذكر ، فلا بأس ، وكان احتياطاً .

٣٤٨٤- ثم قال : « وإن كان ما سلف فيه رقيقاً . . . إلى آخره »<sup>(٢)</sup> . ذكر في أوصاف العبيد ألفاظاً ، نذكرها ، ونذكر اختلاف الأصحاب في معناها ، ولا اطلاق على المرعى من صفات العبيد والحيوانات إلا في الفصل الضابط .

(١) ر . المختصر : ٢٠٧/٢ .

(٢) ر . المختصر : ٢٠٧/٢ .

قال الشافعي رحمة الله عليه - قال : « عبداً نوبياً خُماسياً أو سُداسيأً ، ووصف سنته »<sup>(١)</sup> .

فمن أصحابنا من قال : أراد بالخماسي والسداسي ذكر المولد ، أي يذكر أنه خمس أو ست ، قوله : « ووصف سنّه » أراد الأسنان المعروفة ، أي يذكر أنه أفلج الأسنان أو أدردها ، وغير ذلك من صفات الأسنان . قال الأصحاب : وهذا احتياط ليس بواجب .

ومنهم من قال : أراد بالخماسي والسداسي القامة ، أي يذكر أن طوله خمسة أشبار أو ستة أشبار . وهذا القائل يقول : قوله ووصف سنّه أراد به المولد .

وقال الأئمة : لا بد من ذكر السن والنوع ، فيذكر أنه تركي أو هندي ، واللون : فيذكر أنه أسود ، أو أبيض . ولا بد من ذكر الأنوثة والذكورة - ثم معرفة السن من المولودات فيما متيسرة . فأما الجلية فقلما يُعرف سنّها إلا أن تُفرض بالغاً ، فيرجع إلى قولها .

٣٤٨٥- ثم قال : « ولا يشترط معها ولدها... إلى آخره »<sup>(٢)</sup> .

أراد به إذا وصف جارية وصفاً يضبطها ، وشرط أن يكون معها ولدها الرقيق ، فهذا باطل ؛ لأنه يتصل بما يعزّ وجوده .

والقول في ذلك يتفاوت ، فالزنجرية التي لا تكثر صفاتها لا يعزّ ولدها معها . وإن كانت الجارية تُطلب<sup>(٣)</sup> حظيّة وسريرية<sup>(٤)</sup> ، صفاتها تذكر ؛ فتكثّر ، فإذا ضم إليها شرط ولدها ، التحقت بما يعزّ . وقد ذكرنا التفصيل فيما يعزّ وجوده ، وما يمتنع السلم فيه لأجل العزة .

فإن أسلم في جاريتين ، وتناهى في وصفهما ، فجيء بهما وإحداهما أمّ والأخرى بنت ، فلا بأس إذا كانتا على الصفات المطلوبة .

(١) ر . المختصر : ٢٠٧/٢ .

(٢) ر . المختصر : ٢٠٧/٢ .

(٣) ساقطة من (ص) ، (ت ٢) .

(٤) في (ص) : أو .

وإن أسلم في جارية وشرط كونها حبلٍ ، فإن جرًّا ذلك عِزَّةً ، لم يصح السلم . وإن كان لا يعز [ذلك]<sup>(١)</sup> بأن لا تكون الجارية مطلوبة للتسري ، وإنما تُطلب للحضانة ، فهذا الآن وإن كان يعم ، يخرج على القولين في أن من اشتري جارية معينة على أنها حبلٍ هل يصح ذلك ؟

والقولان يقربان في الجارية المعينة ، فما استتبطه الأئمة من القولين من معاني كلام الشافعي في أن الحمل هل يقابل قسط من الثمن ؟ [إإن قلنا : لا يقابل ، فهو صفة ، ولا يعد في ذكر الصفات الممكنة . وإن قلنا الحمل يقابل قسط من الثمن]<sup>(٢)</sup> فإذا ذكر ، فقد جُرِّدَ مقصوداً ، وهو مجهول ، فالسلم يخرج على هذا .

٣٤٨٦- ثم قال : « وإن كان في بعيرٍ ، قال : من نَعْمَ بْنِ فلان ، ثَنِيَ غَيْرُ مُؤْدَنْ نَقِيَ من العيوب ، سَبَطُ الْخَلْقِ ، أَحْمَرُ مُجْفَرُ الْجَنْبَيْنِ »<sup>(٣)</sup> .

والثنيُّ الذي استكمل خمس سنين ، والمُؤْدَنُ الناقص القصير ، ومُجْفَرُ الجنبيْن عظيمهما .

ش ١٤٥ قال الأصحاب : أمّا ذكر الثنيُّ ، فلا بد منه/ ، فيذكر أنه ابنة ليون أو بنت مخاض . أو ما يريده . والتعرض للذكرة والأتوثة محظوم .

قال : « ويذكر أنه من نَعْمَ بْنِ فلان » .

والغرض يختلف بهذا . والشرط أن تتسع نَعْمَ بْنِ فلان ، بحيث لا ينتهي الأمر إلى عِزَّة الوجود .

فأمّا قوله : « نقِيَاً من العيوب » ، فاحتياطٌ ؛ فإن مطلق العقد من اقتضاء السلامة يعني عن هذا .

ثم ذكر السلم في الخيل . فلا بد من ذكر النوع ، عربي أو تركي ، وذِكْرُ الألوانِ ،

(١) في الأصل : السلم .

(٢) ساقط من الأصل .

(٣) ر . المختصر : ٢٠٧/٢ .

والأسنان لا بد منه . وقال الأصحاب : الشيَّات<sup>(١)</sup> ذِكْرُهَا احتياطٌ كالأغر ، واللطيم<sup>(٢)</sup> ، والمحجَّل ونحوها . فلا يجب التعرض لذلك .

٣٤٨٧- ثم قال : « يصف الثيَّاب ويذكر جنسها ، وأنها من كتان أو قطن أو إبرِيس ، والصفاقة والرقة ، واللين والخشونة ، والطول والعرض ، ونسجَ البلد : اسكندراني أو يماني أو هَرَوي أو مَرْوِي »<sup>(٣)</sup> .

قال الأصحاب : هَذَا إِذْ كَانَ يَخْتَلِفُ الْغَرْضُ بِالْخَتْلَافِ نَسْجُ الْبَلَادِ ، فَأَمَّا إِذَا كَانَ نَسْجُ ذَلِكَ الْثَوْبِ فِي الْبَلَادِ عَلَى قَرْبِ مِنَ الْإِسْتَوَاءِ ، فَلَا مَعْنَى لِذِكْرِهِ . وَذَكْرُ السَّلْمَ فِي النَّحَاسِ ، فَيُذَكَّرُ النَّوْعُ وَاللَّوْنُ . وَالْقَدْرُ لَا بدَ مِنْهُ . وَالْحَدِيدُ يُذَكَّرُ أَنَّهُ ذَكَرٌ<sup>(٤)</sup> أَوْ أَنْثِي<sup>(٥)</sup> .

فَأَمَّا الْأَوَانِيُّ الْمُتَخَذِّةُ مِنْ هَذِهِ الْجَوَاهِرِ ، فَفِيهَا كَلَامٌ يَأْتِي فِي الْبَابِ الْمُشَتَّمِ عَلَى ذِكْرِ مَا لَا يَجُوزُ السَّلْمُ فِيهِ .

٣٤٨٨- وَذَكْرُ السَّلْمَ فِي الْلَّحْمِ . وَهُوَ جَائِزٌ ، فَيُذَكَّرُ الْجِنْسُ وَالنَّوْعُ : لَحْمَ بَقَرٍ أَوْ غَنْمٍ ضَأنَّ أَوْ مَاعِزَّ ، مِنْ رَضِيعٍ أَوْ فَطِيمٍ . وَيُذَكَّرُ الْمَحَلُّ الَّذِي مِنْهُ يُعْطَى ، وَبَيْبَانُ أَنَّهُ لَحْمٌ فَخْذٌ ، أَوْ كَتْفٌ ، أَوْ جَنْبٌ . وَيُذَكَّرُ الْذِكْرَةُ وَالْأُنْوَثَةُ . وَإِذَا شَرَطَ الذِكْرَةُ ، ذَكَرَ أَنَّهُ خَصِيٌّ أَوْ غَيْرُهُ ، وَيُذَكَّرُ أَنَّهُ لَحْمٌ رَاعِيٌّ أَوْ مَعْلُوفَةٌ . ثُمَّ الْاِكْتِفَاءُ فِي الْعَلْفِ بِالْمَرْأَةِ وَالْمَرَاتِ ، حَتَّى يَنْتَهِي إِلَى مَبْلَغٍ يَؤْثِرُ فِي الْلَّحْمِ ، وَلَا يَشْرُطُ أَنْ يَبْيَّنَ كُونَهُ مَنْزُوعًا عَنِ

(١) الشيَّات جمع شيء ، وهي العلامة ، أو سواد في بياض ، وبياض في سواد ، وكل ما خالف اللون في جميع الجسد . (معجم) والمراد هنا العلامات تكون في الخيل .

(٢) اللطيم من الخيل : الذي يأخذ البياض خديه . (صبحاً) .

(٣) ر . المختصر : ٢٠٧/٢ ، مع اختلاف في اللفظ .

(٤) لما أصل إلى معنى لذكرة الحديد وأنوثته ، ولم يذكره الأزهري في غريب ألفاظ الشافعي ، مع أنه ذكر ألفاظاً أوضح من ذلك ، ولعله كان معروفاً عندهم ، فلم يحتاج إلى بيانه ، ويلوح لي أن الأمر يتعلق بالصلابة وقابلية الطرق ، فالحديد منه : الزهر ، والمطاوع ، والصلب (المعجم) .

(٥) ر . المختصر : الموضع السابق نفسه .

العظم ، بل يصح السلم مطلقاً ويجبر المسلم على قبول العظم المعتمد ، في العضو المذكور ، وينزل العظم في اللحم متزلاً النواة من التمر .

ثم قال : « وأكره اشتراط الأعجف والمشوي والمطبوخ »<sup>(١)</sup> .

وهذا كراهية تحريم ؛ لأن الأعجف معيب ، وشرط العيب مفسد ، وهو شرط الرديء الذي سبق الكلام فيه . فإن أراد بالأعجف الذي لم يسمّن ، فلا بأس .

وأما المشوي والمطبوخ ، فقد قال الأصحاب : لا يصح السلم فيهما ، لخروج أثر النار عن الضبط .

هذا مقتضى النص وهو الذي أطلقه الأصحاب في الطرق .

قال الصيدلاني : إن كان الشيء والطبخ بحيث يمكن ضبطه ، فلا بأس ، وهو كالسلم في الخبز ، ولا خلاف في جواز السلم في الخبز . و[[الطلى]]<sup>(٢)</sup> والدبس ، والسكر ، والفانيذ .

وذكر بعض أصحابنا وجهاً بعيداً في منع السلم في الدبس والخبز ، أخذأ من منع بيع الدبس بالدبس . والأصح الجواز . والفقير من ينزل كلَّ باب على معتاده ، والمماثلة مرعية في بيع الأعيان الربوية المتتجانسة ، وذلك يختلف باختلاف تأثير النار ، كما قررناه في باب الربا ، والمرعي في السلم قربُ الضبط . وهذا مع الواصف البالغ في الدبس والخبز قریبٌ .

٣٤٨٩ - وذكر السلم في لحم الصيد<sup>(٣)</sup> ، وسبيل الوصف فيه بين . وينبغي أن يكون بحيث لا يعزّ وجوده .

وذكر السلم في السمن ، فنقول سمن ماعز ، أو ضأن ، أو بقر . وإن كان يختلف بالبلاد ذكرها .

ي ١٤٦ ————— وذكر السلم في اللبن ، وبين أوصافه على ما / ينبغي . وذكر من جملتها

(١) ر . المختصر : ٢٠٧/٢ ، ٢٠٨ .

(٢) ما طبخ من عصير العنب . (معجم) . وهي ساقطة من الأصل .

(٣) ر . المختصر : ٢٠٨/٢ .

الأوارك<sup>(١)</sup> ، وهي التي ترعى الأراك ، والمعلومة ، والراعية . فإن كان الغرض يختلف بجميع ذلك ، فهي مشروطة . وإن كان الأمر لا يختلف ، فلا يشترط ذكر ما لا يختلف الغرض به . ولا يشترط أن يقول لبَن حليب ؛ فإن الإطلاق يقتضي انتفاء الحموضة ؛ إذ الحموضة في اللبن عيب<sup>٢</sup> ؛ ولا يجوز السلم في المعيب .

قال : « ولا يسلم في المخipض ؛ لأن فيه ماء »<sup>(٣)</sup> .

فإن كان كذلك ، فهو ملتحق بالمختلطات ، وسنعقد فيها فصلاً الآن . وإن لم يكن فيه ماء ، فالسلم في المخipض جائز .

فإن قيل : إنه حامض . قلنا : أدنى حموضة في المخipض مقصودة . والحموضة في اللبن عيب .

### فِصْلٌ

قال : « وكذلك كل مختلط . . . إلى آخره »<sup>(٤)</sup> .

٣٤٩٠ - منع الشافعي السلم في المختلطات ، وقد رتبها العراقيون ترتيباً حسناً . فقالوا : هي على أربعة أوجه : فمنها مختلط من جهة الخلقة ، وهو في نفسه يعد موصوفاً مضبوطاً ، فالسلم فيه جائز كاللبن ، والشهيد .

ومنها مختلط خليطه من مصلحته ، وذلك الخليط في نفسه غير مقصود ، وهو كالجبين تحالطه الإنفحة<sup>(٤)</sup> ، ولكنها غير مقصودة في نفسها ، وكأنها كالمستهلكة ، والجبين على حكم الجنس الفرد ، وكذلك الخبز فيه الملح والماء ، ولكنهما غير مقصودين .

**والضرب الثالث - مختلط ذو أركان ، وكل ركن منه مقصود ، ولا ينضبط أقدار**

(١) أوركت الإبل رعت الأراك ، فهي أوارك .

(٢) ر . المختصر : ٢٠٨/٢ .

(٣) ر . المختصر : ٢٠٨/٢ .

(٤) بتقيل الحاء ، وتخفيتها . وفيها لغة بالميم المكسورة ، بدل الهمزة المكسورة . (المعجم) .

كتاب السلم / باب السلف والنهي عن بيع ما ليس عندك  
الأخلاق ، فلا يصلح السلم فيه ، كالغالية من العطر ، والمعالجين والجُوارشـات<sup>(١)</sup> ،  
وكالهـائـسـ منـ المـطـبـوـخـاتـ ،ـ وـمـعـظـمـ الـمرـقـ ذـوـاتـ الأـخـلـاـتـ المـقـصـودـةـ .

والضرـبـ الرـابـعـ -ـ مـخـتـلـطـ فـيـ الصـورـةـ وـلـكـنـ يـتـأـتـىـ ضـبـطـ ذـلـكـ لـكـلـ قـسـمـ مـنـهـ ،ـ وـهـوـ  
مـثـلـ الشـيـابـ التـيـ نـسـجـتـ مـنـ الغـزـلـ وـالـإـبـرـيسـ ،ـ وـالـخـزـوـزـ<sup>(٢)</sup>ـ بـهـذـهـ الصـفـةـ .ـ إـنـ لـمـ يـتـأـتـىـ  
الـضـبـطـ ،ـ فـالـسـلـمـ باـطـلـ ،ـ كـالـسـلـمـ فـيـ الـمـعـالـجـينـ .

وـإـنـ أـمـكـنـ الضـبـطـ ،ـ فـفـيـ الـمـسـأـلـةـ وـجـهـانـ :ـ أـحـدـهـماـ -ـ أـنـ السـلـمـ يـصـحـ لـإـمـكـانـ  
الـضـبـطـ .ـ وـالـثـانـيـ -ـ لـاـ يـصـحـ ؛ـ إـنـ أـحـدـ الـقـسـمـينـ لـاـ يـتـمـيزـ فـيـ الـحـسـنـ عـنـ الـثـانـيـ فـيـ الـشـيـابـ  
الـعـتـائـيـةـ<sup>(٣)</sup>ـ وـنـحـوـهـاـ .ـ وـهـذـاـعـنـدـيـ قـيـاسـ .

ونـقلـ بـعـضـ الـمـعـتـمـدـيـنـ أـنـ الشـافـعـيـ نـصـ عـلـىـ جـواـزـ السـلـمـ فـيـ الـخـزـوـزـ ،ـ فـإـنـ صـحـ  
هـذـاـ ،ـ فـالـخـزـوـزـ أـنـوـاعـ ،ـ فـلـعـلـهـ جـوـزـ السـلـمـ فـيـمـاـ يـتـحدـ جـنـسـهـ ،ـ وـمـنـهـ مـاـ لـيـكـونـ كـذـلـكـ .

ولـوـ جـوـزـنـاـ السـلـمـ فـيـ الـشـيـابـ الـمـخـتـلـطـةـ مـنـ غـيرـ أـنـ يـتـمـيزـ فـيـ الـحـسـنـ قـسـمـ عـنـ قـسـمـ ،ـ  
لـوـ جـبـ تـجـوـيـزـ السـلـمـ فـيـ الـمـعـالـجـينـ تـعـوـيـلاـ عـلـىـ قـوـلـ الـعـاجـنـ ،ـ وـإـذـاـ لـمـ يـجـزـ ذـلـكـ ،ـ فـسـبـبـ  
الـمـنـعـ مـاـ يـتـوـقـعـ مـنـ تـنـازـعـ بـيـنـ الـمـسـلـمـ وـالـمـسـلـمـ إـلـيـهـ .ـ وـمـثـلـ هـذـاـغـيرـ مـحـتمـلـ فـيـ السـلـمـ .

وـعـدـ المـزنـيـ لـمـاـ ذـكـرـ الـمـخـتـلـطـاتـ مـنـ الـأـدـوـيـةـ ،ـ وـفـنـونـ الـطـيـبـ مـنـ جـمـلـةـ مـاـ لـاـ يـجـوزـ  
الـسـلـمـ فـيـ الـأـدـهـانـ الـمـرـبـيـةـ<sup>(٤)</sup>ـ الـمـطـيـةـ ،ـ كـدـهـنـ الـبـنـسـجـ وـالـوـرـدـ ،ـ وـمـاـ أـشـبـهـهـمـاـ .ـ وـأـجـمـعـ  
الـأـصـحـابـ عـلـىـ أـنـ مـاـ قـالـهـ غـلـطـ غـيرـ رـاجـعـ إـلـىـ مـاـخـذـ الـأـحـكـامـ ،ـ وـلـكـنـهـ أـمـرـ تـخـيـلـهـ فـيـ  
الـتـصـوـيـرـ ،ـ فـظـنـ أـنـ هـذـاـ الـأـدـهـانـ خـالـطـهـاـ أـشـيـاءـ لـيـسـ مـنـهـاـ ،ـ وـهـذـاـ خـطـأـ ؛ـ فـإـنـ أـصـوـلـ

(١) الجوارشـاتـ ،ـ يـظـهـرـ مـنـ السـيـاقـ أـنـهـاـنـوـعـ مـنـ الـمـخـلـوطـاتـ .ـ وـفـيـ الـلـسـانـ عـنـ النـهـاـيـةـ لـابـنـ الـأـثـيـرـ :ـ  
«ـأـهـدـيـ رـجـلـ مـنـ أـهـلـ الـعـرـاقـ إـلـىـ اـبـنـ عـمـ جـوـارـشـنـ ،ـ قـالـ :ـ هـوـنـوـعـ مـنـ الـأـدـوـيـةـ الـمـرـكـبـةـ ،ـ يـقـويـ  
الـمـعـدـةـ ،ـ وـيـهـضـمـ الـطـعـامـ»ـ ،ـ قـالـ :ـ «ـوـلـيـسـ بـعـرـيـةـ»ـ .ـ (ـالـلـسـانـ :ـ مـادـةـ :ـ جـ .ـ رـ .ـ شـ .ـ  
نـ)ـ .ـ

(٢) الـخـزـوـزـ جـمـعـ خـزـ ،ـ وـهـوـ مـاـ يـنـسـجـ مـنـ الـشـيـابـ مـنـ صـوـفـ وـإـبـرـيسـ .

(٣) لـعـلـهـ نـسـبـةـ إـلـىـ مـحلـةـ بـيـغـدـادـ بـهـذـاـ الـاسـمـ (ـرـ .ـ الـأـنـسـابـ لـلـسـمـعـانـيـ)ـ .ـ وـهـوـنـوـعـ مـعـرـوفـ مـنـ  
الـشـيـابـ ،ـ كـانـ سـدـاهـ مـنـ الـغـزـلـ وـلـحـمـهـ مـنـ الـحـرـيرـ ،ـ وـقـدـ سـبـقـ الـكـلـامـ عـنـهـ عـنـ ذـكـرـ مـاـ يـحـلـ  
وـمـاـ يـحـرـمـ مـنـ الـشـيـابـ ،ـ وـكـانـ ذـلـكـ فـيـ صـلـةـ الـخـوـفـ .ـ فـرـاجـعـهـ ،ـ إـنـ شـئـ .

(٤) رـ .ـ الـمـخـتـصـ :ـ ٢٠٨ـ /ـ ٢ـ .

هذه الأدھان الشيرج ، ثم إن السمسم يمزح بالورد والبنفسج وغيرهما ، حتى يترقّح بها عن مجاورة ، ثم يعتصر السمسم ؛ فإذاً هو شيرج محض ، واكتساب الروائح بالمجاورات لا تمنع صحة السلم .

وعد العراقيون خل التمر والزبيب من المختلطات التي يجوز السلم فيها ، وزعموا أن المقدار المعتبر من الزبيب يدرك بقوّة الخل وضعيّفه ، والمقصود من الخل حموضته ونفاذه وحدّته ، وهذا يقصد منه كما يقصد من الخل من العنب .

وزعموا أن مُدرک العِيَان يبيّن ما يعتبر من الإبريسم / والغزل في العتّابي ؛ فإن لهذا الجنس رونق<sup>(١)</sup> إذا كان الإبريسم فيه على الحد المقصود ، لا يخفى دركه على أهل البصائر كما ذكروه .

وما أشار إليه العراقيون وإن كان كلاماً<sup>(٢)</sup> ، فلا نقنع بمثله في التوقّي من الغرر في أبواب السلم .

هذا ما أردناه في المختلطات .

٣٤٩١- ثم ذكر السلم في اللبأ<sup>(٣)</sup> والرائب . وهو شائع ؛ فإن المسلم فيه مضبوط ، وقد يعرض اللبأ على النار عَرَضاً خفيفاً ، ولا اعتبار بها ، ولذلك صحّحنا السلم في الفانيذ والسكر ، وإن تردد الأصحاب في جواز بيع السكر بالسكر ، وذكرنا الميز بين البابين في المقصودين .

وذكر بعض المعتمدين ترددًا في السلم في الدبس قدمنا ذكره .

ثم ذكر أن من أصحابنا من نزل السكر والفانيذ في باب السلم متزلّهما في بيع الأعيان .

وقد اختلف أصحابنا في بيع السكر بالسكر ، والفانيذ بالفانيذ . فهذا القائل

(١) كذلك في النسخ الثلاث . والصواب التنصب اسمًا لأن .

(٢) كذلك . ولعل هنا إيجازاً بالحذف ، تقديره : كلاماً مشهوراً .

(٣) اللبأ وزان عنب أول اللبن عند الولادة . (المصباح) .

كتاب السلم / باب السلف والنهي عن بيع ما ليس عندك  
يقول : إن جوزنا بيع السكر بالسكر ، يجوز السلم فيه ، وإن منعنا بيع السكر بالسكر ،  
يمعن السلم فيه أيضاً . وهذا غير صحيح .

ويترتب عند هذا القائل في الدبس والسكر ثلاثة أوجه : أحدها - المنع فيهما .  
والثاني - الجواز . والثالث - الفصل بين الدبس والسكر .

وردد صاحب التقريب جوابه في السلم في الماورد<sup>(١)</sup> ؛ من حيث إنه اعتقد اختلاف  
تأثير النار فيما يتتصعد ويقطر . وهذا في نهاية الضعف لم أره لغيره .

ثم ذكر الشافعي السلم في الصوف ، وأشار إلى الصفات التي ترعن فيها ، وشبهها  
بما قدمناه ، فمما ذكر أنها طوال أو قصار لينة أو خشنة ، وذكر اللون . وقال : يكون  
نقياً مغسولاً<sup>(٢)</sup> . أما النقاء ، فيعني عنه شرط السلامة ، وأما المغسول ، فإن أراد  
الغسل ليقّن من الغيش والقاذورات ، فلا حاجة إلى هذا ؛ فإن اشتراط الصوف  
المجرد يعني عن قول غيره ، فإذاً الغسل اختيار .

ثم ذكر الكرسف ، والسلم فيه صحيح ، والأوصاف المرعية فيه معلومة ، من الدين  
والخشونة ، وقد يختلف بالإضافة إلى البقاع .  
والضابط ما تقدم .

والسلم في الجوز<sup>(٣)</sup> المتشقق<sup>(٤)</sup> جائز على شرط التقدير بالوزن . ولا يجوز  
السلم فيما ليس بمتشقق ؛ فإن المقصود منه مستتر بما ليس بمقصود ، ولا يقى فيه .  
وإن ظن ظان أن يبعه من أطراف بيع الغائب ، فلا مجال لهذا في السلم ؛ فإن  
الجهالات لا تحتمل في السلم .

وذكر السلم من الإبريم ، وذكر مما يعتبر فيه الدقة والغلظ ، والنوع ، والناحية  
التي يجلب منها ، إلى غير ذلك مما يتغير به الثمن والغرض .

(١) « الماورد » : أي ماء الورد ، وهو مشهور معروف ، ولكن قد لا يعرفه بعض أبناء العصر .

(٢) ر . المختصر : ٢٠٨/٢ .

(٣) في الأصل : « غير المتشقق » . « والجوزق » هو القطن . (قاموس) ، وهي في (ص)  
« جورق » بالراء المهملة .

(٤) في (ص) ، (ت ٢) : المتشقق .

٣٤٩٢- ثم قال : « ولا بأس أن يسلم في شيء كيلاً ، وإن كان أصله الوزن »<sup>(١)</sup> .

وهو كما قال . [و]<sup>(٢)</sup> قد ذكرنا في باب الربا أن ما كان موزوناً لا يجوز بيع بعضه ببعض كيلاً ، وما كان مكيلاً في عصر الشارع لا يجوز بيع بعضه ببعض وزناً ؛ فإن باب تحريم التفاضل في الربا مبناه على التعبد ، وباب السلم مبناه على الإعلام واتباع العرف فيما يعد مضبوطاً . وإذا كان يجري الكيل والوزن في شيء ، فإعلامه بكل واحدٍ منهم ممكн .

فهذا ما أطلقه الأصحاب .

وفيه فضل نظر عندي في الأشياء الخطيرة ، فإن فتات المسك يحصره الكيل ، ولست أرى الكيل فيه إعلاماً ، وكذلك العنبر ، وكل خطير . فلعل الوجه أن يقال : ما كان مكيلاً لا يجوز السلم فيه/ بالوزن ، فإنه حاصر ، وما يوزن عرفاً هل يصح ١٤٧ ي السلم فيه كيلاً ؟

هذا ينقسم ، فمنه ما يُعد الكيل في مثله إعلاماً ، وإن كان الوزن معتاداً ، فليصح هذا ، وما لا يعتاد الكيل في مثله ضابطاً ، فلا يجوز السلم فيه كيلاً ، وإن كانت صورة الكيل تجري فيه .

وإن كان التعويل على قاعدة واحدة ، فمسائل التردد ناشئة من تلك القاعدة ، ورأي النظار عندي مشترك .

وإن استدرك البعض على البعض ، لم يرجع الخلاف إلى الفقه ، وإنما يرجع إلى أمور حسية ، أو إلى أمور عرفية .

ولو أسلم في شيء يكال ويوزن ، وشرط الكيل والوزن جميماً ، فهذا يتنهى إلى التعذر الذي يفسد السلم بمثله ، وهو مثل أن يقول : أسلمت في مائة صاع على أن يكون وزنها إذا رد إلى الوزن خمسين مائة من . فهذا حكم<sup>(٣)</sup> لا يتأنى الوفاء به ، مع

(١) ر . المختصر : ٢٠٨/٢ .

(٢) زيادة من المحقق .

(٣) ساقطة من (ص) ، (ت ٢) .

العلم بأن الحنطة يتفاوت وزنها بسب اكتنازها ، ورخاوتها وصلابتها .

٣٤٩٣— ولا يجوز السلم في شيء عدداً ، وإن كان مضبوطاً ، فليقع السلم باعتبار الوزن ، وهذا كالسلم في البطيخ والسفرجل ، فاكتفاء الناس فيها بالعدد تسامح ، والتعوييل على العيان ؛ فإنها تتفاوت في القيم . نعم قد يتفق فيها ما لا يتفاوت قيمها ، وإن كانت مختلفة الأقدار لتسامح أطبق الناس عليه . وهذا كالبيض والجوز ، فلا يجوز التعوييل في السلم على العدد ، وذلك أن التسامح الذي حكيناه إنما يقع في مقدار يسير كأعداد قليلة من الجوز والبيض ، وإذا كثر فالجوزات الكبار والبيضات الكبار ، لو جمعت في موضع ، وقيست بالصغر تفاوت الأمر ، وصدقت الرغبة من الكبار ، وظهر تفاوت في الثمن بين ؛ فلا يجوز التعوييل على العدد في شيء من المعدودات .  
ويجوز السلم في البطيخ والسفرجل وزناً ؛ فإن الوزن يحصر وإن لم يحصر العدد .

وذكر شيخي أن السلم يجوز في البيض وزناً ، وكذلك في الجوز واللوز ، وما في معناهما . وما ذكره في البيض سديد ؛ فإن قشورها لا تختلف اختلافاً به مبالغة . وإن زاد وزنُ قشور الكبار منها ، فتلك الزيادة على نسبة غير متفاوتة بالإضافة إلى ما يقصد من المح<sup>(١)</sup> والماح .

فأما قشور الجوز ، فأراها تختلف ، فمنها رفاق ، ومنها غلاظ ، ومنها ما ينفرك باليد للطافة القشور ، ومنها ما يحتاج إلى معاناة في كسرها ، فلست أرى السلم مسؤغاً في الجوز وما في معناه . وإن ذكر وزنها .

إإن أمكن ضبط نوع منها بالوصف يقرب قشورها ، ثم اعتمد الوزن ، ولم يُفضل الأمر إلى عزة الوجود ، فالجواب الجواز إن اقتضى الحال ذلك .

وقد ذكرت أن اختلاف طرق الأصحاب في هذا الكتاب لا يرجع إلى التردد في أساليب الفقه ، وإنما رجوعه إلى مماراة في الواقع .

وذكر الأصحاب جواز السلم في اللَّبَنِ . والتعوييل على الوزن ، وقد يجمع إليه

---

(١) المح : ما في جوف البيضة من صفرة ، أو من صفرة وبياض ، والماح : ما فيها من صفرة ، فالعطف هنا عطف خاص على عام . (معجم) .

العدد ، وهو المعتاد ، ولا عسر في الجمع ، فيسلم المسلم في مائة لبنة ، ويقول :  
اللبنة الواحدة عشرة أمناء<sup>(١)</sup> . لهذا لا بد منه وتحصيله لا عسر فيه . ثم إن وقع تسامح  
في التسليم ، فلا بأس .

والسلم في الأجر<sup>(٢)</sup> مما اختلف الأصحاب فيه اختلافهم في الدبس ، والظاهر  
الجواز ؛ فإن الوصف ممكن ، وتحصيل الموصوف لا تعذر فيه .

ثم ذكر الشافعي السلم في لحم الطيور . والوصف يحيط به فليذكر النوع والعضو  
الذى يسلم منه ، إن كان يسلم في المقطع ، وإن كان يسلم / في الطير المذبوح غيرَ ١٤٧ ش  
مقطع ، فالوزن ، والسمن ، والصنف ، وكل ما يختلف الغرض فيه . والطيير لا سِنَّ  
له ، فيوصف بالصغر والكبر ، ويدرك أنه لحم فروج ، أو ناهض .  
وكذلك الحيتان .

٣٤٩٤- وأما الخشب فإن كانت تراد للحطب ، فأوصافها قريبة فيذكر النوع ، وأنها  
دقاق أو غلاظ جزلة . والوزن لا بد منه . وقال الأصحاب : لا حاجة للتعرض  
لليبوسة ؛ فإن الرطوبة والندوة عيبٌ ، والإطلاق يقتضي اليابس . هكذا ذكره  
المحققون .

وإن كان السلم في الجذوع والعمد ، فالطول والعرض ، والصنف ، واللون ،  
ويصح السلم إذا استوت الأجزاء ، فإن اشترط فيها تحريط<sup>(٣)</sup> ، وكان يختلف الأعلى  
والأسفل ، فهذا مما يؤثر في منع السلم عند الشافعي ؛ فإنه لا يدرى أن الخشبة من  
أين تأخذ في الدقة ، ولا ينضبط هذا مع تعلق القصد به . وإذا سلم في جذع ، ذكر  
الطول والعرض ، والاستدارة واللون . وفي ذكر الوزن تردد ؛ فإن الوزن لا يقصد في  
العمد والاسطوانة .

(١) أمناء جمع منا مثل سبب وأسباب . ويقال : من (بتشديد النون) وجمعه أمناء . والمنا أو المن  
رطلان بغداديان (معجم ومصباح) .

(٢) ر . المختصر : ٢٠٨/٢ ، وفيه تفصيل مفيد ، وبهامشه تعليقجيد لمصححه ، مصحح الطبعة  
البولاقية رحمة الله ، وجراه عنا وعن العلم وأهله خير الجزاء .

(٣) المراد بالتحريط تشكيل الخشب على هيئة شكل مخروطي ، أي مُدَبِّبٌ مرقق من الطرف .

وكان شيخي يميل إلى اشتراط الوزن ؛ صائراً إلى أن كلّ خشبة تفرض ، فلا يمتنع أن تصير حطباً ، ويكون الوزن إذ ذاك مقصوداً . وهذا فيه نظر .

٣٤٩٥ - والسلم في أحجار الرحى جائز ، إذا ذكر الطول منها والعرض والسمك .

وأتفق<sup>(١)</sup> على اعتبار الوزن فيها ؛ فإن ثقلها مقصود ، وهي برزانتها تطحن ، ويختلف هذا برخاوة الأحجار وصلابتها . ثم إذا ذكر الوزن ، فهو ممكن . حتى انتهى الأصحاب إلى تصوير وزن الأرجية الكبار بالسفن وغوصها في الماء . ثم العادة جارية بذلك أمثال هذه الأعلام ، ثم يقع التسامح حالة القبض .

ثم ذكر جواز السلم في أنواع العطر وأمتعة الصيادلة ، كالمسك ، والكافور ، والعنبر ، والأدوية ، ولكل جنس أوصاف مقصودة لا يخفى دركها عند أهل البصيرة . وقد يقصد في بعضها أن تكون قطعاً كباراً كالعنبر ، فليكن التعرض لهذا .

٣٤٩٦ - ثم قال : « لا يُسلم فيما خالطه لحوم الحيات »<sup>(٢)</sup> .

والسبب فيه مع الاختلاط أن لحوم الحيات نجسة ، وقد ذكرنا منع بيع النجس . والتداوي بالتربياق جائز على حد تجويز أكل الميتة . وفيه كلام طويل سأأتي في الأطعمة ، وعنه ذكر التداوي بالخمر . والحد المعتبر في التداوي من الحاجة والضرورة .

أما السموم القاتلة الظاهرة ، فهل يجوز بيعها ، قال الأصحاب : إن قتلت بكثرتها لغلبة الطبيعة والقليل منه يستعمل في الأدوية الحارة ، فلا يمتنع بيعه . ومن هذه الجملة السقمونيا ، والحنظل والخربق<sup>(٣)</sup> ، وما في معانها ، ومنها الأفيون .

فأما السموم التي لا يستعمل جوهرها في دواء ، وهي منافية للقوه الحيوانية بأنفسها

(١) تعقب النووي إمام الحرمين في القول بالاتفاق على الوزن في الأرجية . وقال : « ليس الأمر كما أدعى » . ( ر . الروضة : ٤/٢٧ ) .

(٢) ر . المختصر : ٢/٢٠٨ .

(٣) الخربق وزان جعفر : نبات ورقه كلسان الحَمَل أبيض وأسود ، يستخدم علاجاً ، فهو ينفع الصرع والجنون ، والمفاصل ، وغير ذلك . ( القاموس ) .

كتاب السلم / باب السلف والنهي عن بيع ما ليس عندك

من غير كيفية تُعقل . وهذا هو السم عند أهله ، فقد قال قائلون : لا يجوز بيعها ؛ فإنه لا خير فيها ؛ إنما هي ضرر كله .

وكان نقول للشيخ : إذا كانت ظاهرة ، فلو أعددت لاستعمال في مكافأة مع الكفار ، فهذا وجہ في صلاح السياسة والإيالة ، فرأيته يتربّد في مواضع ، وأراد أن ينزلها منزلة الأسلحة .

ومن قتل إنساناً باسم قتلناه به . فليتأمل الناظر في ذلك .

٣٤٩٧- ثم قال : « ولو أقاله بعضَ السلم »<sup>(١)</sup> .

قد ذكرنا تفصيل القول في الإقالة ، وأنها فسخ أم لا . ثم قطعنا بأنها في السلم ١٤٨ يفسخ ، ثم رتبنا كلاماً هو مقصود هذا الفصل . وقلنا : إذا انفسخ العقد في بعض المعقود عليه ، ففي تعدي الفسخ إلى غيره ما فيه ، كما مضى في تفريغ الصفقة . وإن أراد [أحد] المتعاقدين أن يفرد بالرد بعض المعقود عليه ، ففيه تفاصيل مذكورة في صورة . وإذا أراد[<sup>(٢)</sup>] المتعاقدان الفسخ في البعض عن تراضٍ ، وهو الإقالة ، فقد صحّح أئمتنا هذا على التراضي ، ولم يخرجوا على تفريغ الصفقة . وقد ذكرت ما يليق بذلك فيما تقدم .

٣٤٩٨- ولا يجزء في السلم التشريك ولا التّولية ، فإنهما بيعان ، وبيعُ السلم قبل القبض لا يجوز . ومن جوز بيع المبيع من البائع قبل القبض ، لم يجوز بيعَ المسلم فيه من المسلم إليه قبل القبض . وهذا رأيه متفقاً عليه . والفرق عسر . والوجه الاستدلال بموضع الوفاق على تزييف الوجه الضعيف في المبيع .

وهذا متنه ما نقله المزني في الباب ، وعلينا الآن الوفاء بما وعدناه من ضبط القول فيما يُرجع من الصفات .

(١) ر . المختصر : ٢٠٨/٢ .

(٢) ساقط من الأصل .

## فِصْلٌ

٣٤٩٩— قد كرر الأئمة في طرقيهم أنه يجب ذكر الصفات التي تؤثر في القيمة والأغراض ، وهذا مضبوط لا لبس فيه ، ولا يتطرق إليه إلا شيطان : أحدهما - أن من الأشياء ما يهون وصفه ، وليس إذا وصف عزّ ، فيمتنع السلم فيه للعزّة ، ومنه ما ينتهي إلى صفة لا تُشيع معرفته ، وفيه ترتيب تقدم ذكره ، إذ ذكرنا ما يعرفه أهل الاستفاضة ، وما يعرفه عدلان ، وما يختص بمعرفته المتعاقدان على زعمهما .

ومما يتعلق بالباب أن الأوصاف التي يمكن الاقتصار فيها على قدر الاسم معتبرة ، ثم لا تعتبر غاياتها . وهذا جار في جميع الصفات . وهذا إذا كان الخروج عن الضبط في جهة النهاية . فأما إذا كان الخروج عن الضبط في جهة البداية ، فقبيله يمنع السلم ، وعليه بنى الأصحاب منع السلم في المعيب والرديء ؛ فإن المسلم سيقول : سلم إلى ما هو في المرتبة الأولى في العيب المذكور ، والمسلم إليه يزعم أن هذا كذلك ، فلا ضبط ، ولا يمكننا أن ننزلهما على شيء . ومن ضم إلى ما ذكره الأصحاب من الصفات المؤثرة في الغرض والقيمة هذه الأحوال الثلاثة ، استقل بالكلام في الأوصاف .

وكل هذا والمسلم فيه ليس بحيوان .

٣٥٠٠— فأما إذا كان المسلم فيه حيواناً ، فنحن نذكر افتراق مسالك الأصحاب في الحيوانات ، ونستخرج من بينها ضبطاً .

قال العراقيون : إذا أسلم في جارية ، لم يشترط أن يقول في أوصافها دعجاء كحلاء ، وكذلك قالوا : لا يشترط ذكر قد الجارية والعبد . وكان الشيخ أبو محمد رحمه الله - يشترط التعرض لجميع ذلك ويقول : لكل صفة عبارة فما غادر الوصافون مقصوداً إلا صاغوا عنه [عبارات]<sup>(١)</sup> فلتذكر . ثم لنقتصر من كل صفة على أدنى

(١) في الأصل : عبارتان .

الدرجات . ومن حمل من أصحابنا الخُماسي والسداسي على القدَّيْن<sup>(١)</sup> الطول والقصر ، اعتضد بالنص .

فكان شيخنا يقول : الكَحْل والذَّعْج لا ينقصان عن الجعوده في الشعر والسبوطة . وقد اعتبرهما الأصحاب .

وانتهى تساهل العراقيين في الصفات في الحيوانات إلى ما نذكره الآن . قالوا : إذا أسلم في بغير ، فإنه يذكر سنه ويدرك أنه من نَعَم بني فلان إذا كانوا جمعاً كثيراً تكثر النَّعَم فيهم . ثم قالوا : إن كان نعمهم لا تختلف ، كفى ذلك ، وإن كان نعمهم تختلف ، ففي المسألة قولان : أحدهما - أنا نكتفي بأقل الاسم على السن المذكور / ١٤٨ ش من نعم بني فلان ، كما نكتفي بأدنى درجات الجودة . والقول الثاني - أنه لا بد من الوصف إذا اختلفت صفات نَعَم بني فلان .

وهذا الذي ذكروه انحلال عظيم وخروج بالكلية عن قياس الباب ، ورضا بالعمامية والجهالة ، واعترافُ بأن السلم في الحيوان مبناه على احتمال المجاهيل .

وشيخنا كان يتشفَّف إلى تنزيل السلم في الحيوان متزلة السلم في المكيلات والموزونات ، وطلب نهايات الأوصاف . ومن أحاط باللفظ الذي نقلناه عنه وبين ذلك منه ، إذ قال - رحمة الله - : الصفات المقصودة معلومة ، وعن كل صفة عبارة ، والقاعدة الاكتفاء بالأقل .

٣٥٠- فإذا بان المسلكان قلنا بعدهما : لا شك أننا لو رُدِّدنا إلى القياس المحسن ، وأردنا أن ندرك من صحة السلم في المكيلات ، والمثليات ، والمتقومات ، القليلة الأوصاف جواز السلم في الحيوان ، سيما في العبيد ، الوصائف منهم ، والمرموقين من الغلمان ، والخيل العربيات ، ما كنا نستدرك هذا .

والشافعي لم يعتمد معنى في السلم في الحيوان ، وإنما اعتمد أخباراً وردت في إقراض الحيوان ، وعلم أن السلم في معنى القرض .

فليعتقد المنصف أن السلم في الحيوان لا يتصور أن يلتزم فيه كلّ ما يؤثر في

(١) القدَّيْن : مثنى : القدَّى : وهو القدر . يقال : هو مني قدَّى رمح . ( معجم ) .

الثمن ، أو يتعلق بغرض . وإن أمكن التقريب فيما يؤثر في القيمة ، فَطَمْعُ ضَبْطِ الأعراض طَمْعٌ في غير مطعم . فالوجه أن نقول : معظم الأوصاف التي تضيق العبارة عنها نقائصها عيوب في الحيوانات ، بإطلاق العقد يعني عنها . وهذا جنسٌ عظيم في الصفات .

٣٥٠٢ - وما نذكره أن الأعراض في الحيوان لا ضبط لها ، والناس على اختلاف فيها ، ولو ذكر كل ما يقصد في جميع الحيوان ، انتهى الأمر إلى عزة الوجود لا محالة . وإذا وضح هذا في الخلق ، ثم ضمت الأخلاق إليها ، صار المسلم في عنقاء مُغرب<sup>(١)</sup> .

إذا تنبه المتنبه لما ذكرناه ، قلنا بعده : كل فنٌ يعتبر في غير الحيوان ، فهو في الحيوان أولى بالاعتبار . الصنف : وهو يضاهي الأجناس والأنواع . واللون : وقد تمهد اعتباره . والسن : وهو يناظر الحداثة والعتق فيما تقدم ذكره . ولم يعتبر العراقيون القدّ . وهذا خطأً صريح<sup>(٢)</sup> ؛ فإننا وجدنا لذلك نظراً في العمود والجذوع ، ولكن الشَّبَر<sup>(٣)</sup> بالأشباع لست أراه ؛ فإن مما يتعمّن محاذيرته الوقوع في العزة ، غير أن أهل المعرفة يعرفون الطويل ، والرَّبع<sup>(٤)</sup> ، والقصير ، والتزيل على أدنى الدرجات قانون الكتاب<sup>(٥)</sup> . فهذه الأمور لا بد منها ، والسلامة فيها غناء عظيم .

وبقي وراء هذا شيئاً : أحدهما - أن ضبط كل عضو بما يليق به ، وبما يقصد

(١) العنقاء طائر معروف الاسم مجھول الجسم والوصف ، أي خرافي متوهם لا وجود له ، و«مُغرب» من أغرب إذا مثني متوجهًا إلى جهة الغرب . وهذا اللفظ إشارة إلى المثل المأثور «حلقت به عنقاء مُغرب» يضرب لما بلغ اليأس من الحصول عليه غايته (مجمع الأمثال : ٣٥٧) .

(٢) تعقب الإمام النووي إمامنا في هذا النقل ، وقال : «إن الموجود في كتب العراقيين القطع بوجوب ذكر القدّ (ر . الروضة : ١٨/٤) وكذا تعقبه الرافعي قائلاً : إن كتبهم مشحونة بأنه يجب ذكر القدّ» (ر . الشرح الكبير : ٢٨٩/٩) .

(٣) الشَّبَر : القياس بالشَّبَر . من شبر الثوب شيئاً إذا قاسه بشبره (معجم) .

(٤) الرَّبع : الوسيط القامة . (معجم) .

(٥) يقصد قانون كتابه لهذا ومنهجه .

منه ، لا سبيل إليه . وإن كانت القيم تختلف بهذا اختلافاً بيناً .

والكلام في صفاتِ تداولَ أهل البصائر اللهج بها كالدّعج والكَحْل ، وكون الوجه مُكَلِّثاً ، أو أسيلاً . وهذا موضع النظر . فلم أر للعراقيين التعرض لهذا . واعتبرها شيخنا . فلو وصف في السلم عضواً أو أعضاء ، ولم ينته إلى العزة ، فلا بأس . ولكن لا يشترط الخوض فيه ؛ إذ لو شرط الخوض فيه ، لاشترط استيعابه ، وفي الاستيعاب العزة ، وفي ذكر البعض قبل الانتهاء إلى العزة تحكم .

فإن قيل : ليصف إلى أن ينتهي إلى إمكان العزة . قلنا : من أي طرف يتبدىء ؟

فإن قال قائل : مما قولكم في التعرض لكونها خميسةً ، مثلثة الأرداد ، ريانة السيقان / ، شَيْنَةَ الأصابع . قلنا : هذا كالكَحْل والدعج . وقد مضى قول الأصحاب ١٤٩ في

فيه .

٣٥٠٣ - فقد تَنَحَّلَ من مجموع ما ذكرناه أنه يذكر في الحيوان ما يذكر في سائر الأجناس التي يُسلَّمُ فيها ، أو يذكر فيها ما يدانني المذكور فيها ، كما ذكرناه في الطول والقصر ، فإنه يدانني القدر في المقدّرات ، أو الطول في المذروعات .

ووصف كل عضو مع إمكانه لا يشترط . وكل صفة نقىضها عيب ، فلا حاجة إلى ذكرها ، وهي كثيرة ، والأمور الجُملية التي تذكر في الترغيبات ، وتوجيه الطلبات نحو الحيوانات كالكَحْل ، والدعج ، ودقة الخصر ، وثقل الأرداد ، وتكلّم الوجه ، وما في معانيها في محل الخلاف ، لم يستطرطها العراقيون ، وشرطها المراوزة .

وموضع زلل العراقيين قولهم : لا يشترط القدّ وذكره ، وهذا خطأ ؛ فإن أهل العراق<sup>(١)</sup> مطبقون على ذكره ، والقيمة تختلف به ، ولا يفضي الأمر إلى العزة ، وهو على مضاهاة الأقدار في المقدّرات . ولا شك أن الحِرف ، وإن كانت مقصودة ، فلا يشترط التعرض لها .

(١) المراد بأهل العراق هنا سُكّانه وقاطنه ، وليس فقهاء المدرسة العراقية من الشافعية . وإنما كان الكلام متناقضاً . وقد أشرنا آنفاً إلى تعقب النووي لإمام الحرمين . وتحخطته في هذا النقل عن العراقيين .

وكنا نذكر للشيخ أبي محمد الملاحة ، وكان ينقل عن شيخه القفال ترددًا في اشتراطها : تارة كان يقول : ليست الملاحة معنٍ ، بل كلّ يشتهي فنًا ويستملح صفة ، وقد يستقبح غيره تلك الصفة . وهذا في تناصف<sup>(١)</sup> الخلق ، وفي عرض<sup>(٢)</sup> الاعتدال ، من غير خروج إلى حد العيب .

وكان شيخنا يميل إلى اعتبار الملاحة ، ويقول : هي صفة معلومة ، لا ينكرها أهل المعرفة ، ثم التنزيل على ما ينطلق عليه الاسم .

فهذا منتهى الإمكان في ذلك ، ومبناه على اعتقاد خروج الحيوان عن قياس الباب وقد يتفق السلم في حيوان ينضبط بصفات معدودة من غير عسرٍ ، ولا عزة ، فيجب التشوف إلى الضبط فيه .

\* \* \*

(١) تناصف الخلق : استواوه . يقال : تناصف وجهها حسناً : استوت محاسن أعضائه .

(المعجم) .

(٢) عرض الاعتدال : حد الاعتدال . أخذًا من عرض البحر أي وسطه (معجم) .

## بَابُ مَا لَا يَجُوزُ فِيهِ السَّلْمُ

٣٥٤- ذكر الشافعي - رحمة الله عليه - في الباب الأول ما يجوز السلم فيه ، وأراد الإيناس بذكر الأوصاف ، فذكر أجنساً ، وأشار في كل جنسٍ إلى ما يليق به ، ومقصوده في هذا الباب أن يُبيّن ما لا يجوز السلم فيه ، ويشير إلى وجوه امتناع الوصف ، حتى يجتمع للناظر من الباب الأول وهذا الباب ما يفيد الامتناع ، وما يفيد التجويز . وقد صدر الباب بالنَّبْل فقال : « لا يجوز السلم في النَّبْل »<sup>(١)</sup> .

والأمر على ما قال . وسبب المنع الترَكِبُ من أركانٍ : الخشبُ والعَقَبُ<sup>(٢)</sup> ، والريش ، والنصل في مكان الرَّعْظِ<sup>(٣)</sup> . وكل جنسٍ من هذه الأجناس مقصود القدر في السهم ، وهو مجهول ، وفيه التخريط<sup>(٤)</sup> ، والأخذ في الدفة عن غِلظٍ ، وهو يتضمن جهالة ، والغرض يختلف به اختلافاً بيّناً . لهذا معلوم ، لا يلزم عليه إلا أن يعارض بالحيوان .

وقد ذكرنا أنه خارج عن قياس الباب ، وقد انتهض بعض الأصحاب للانتصار فقال : « أفراد أركان الحيوان ليست مقصودة ، وإنما المقصود البنية » . ولا شفاء في لهذا ما لم يحط المرء بما ذكرناه .

ويجوز السلم في خشب النَّبْل ، وفي بيع السهم وعليه الريش ، نظرٌ ؛ لمعنى في بيع العين ؛ فإن الريش المستعمل على النشاب نجس ، على القول الظاهر . وقد يقع

(١) ر. المختصر : ٢٠٩/٢ .

(٢) العَقَبُ : بفتحتين : العصب الذي تعمل منه الأوتار . (المعجم) .

(٣) الرَّعْظِ : يقال : رعَظَ السهم رعاظاً : جعل له رُعاظاً . والرَّعْظُ مدخلٌ سُنْخٌ النصل ، وفوقه لفاف العَقَبُ . (قاموس) .

(٤) « التخريط » : التشكيل على هيئة مخروطية ، مدببة الرأس ، مأخوذ من الشكل المخروطي . (معجم) .

الكلام في تفريق الصفة على تنحيس الريش ، فالوجه بيع النشابة دون الريش ، فيكون بيع ثوب متضمخ بالنجاسة .

### فصلٌ

ش ١٤٩ قال : « ولا في اللؤلؤ ، ولا في الزبرجد . . . إلى آخره »<sup>(١)</sup> .

٣٥٠٥ - قال أصحابنا : يمتنع في النفائس من هذه الجواهر ، وعلل بعضهم بأن الضبط غير ممكن ، وليس الأمر كذلك ؟ فإن الضبط غير مقصود على أقصى الوجه ، فيقال : ياقوته وزنها كذا ، وشكلها كذا ، لحمية أو جمرية ، أو وردية ، أو رمانية . ويقال : لؤلؤة مدحرجة ، صافية اللون ، براقة البياض . وزبرجد أخضر ريحاني ، أو سلقى»<sup>(٢)</sup> .

فسبب المنع أن الأوصاف إن لم تذكر ، كان السلم فيه مجهولاً ، وإن ذكرت جرأت عزة .

والسلم في الآلي الصغار التي تباع وزناً ولا يجرؤ النظر إلى آحاد جباتها ، جائز . وكان شيخي يقول : يجوز السلم في الدر التي يتحلى بها ، إذا لم تقل ، وكان في الحبة سدسٌ مثلاً ؛ فإن هذا لا يعز وجوده .

ومنع بعض الأصحاب ذلك ، فإن اتفاق السدس من غير مزيد ولا نقصان ، مع استجمام الصفات المرعية نادر . والمسألة محتملة .

إذاً مدار الفصل<sup>(٣)</sup> على الجهة والإفضاء إلى العزة . وأن يكون المرء محاطاً بمسائل السلم ؛ حتى يضع السلم في الحيوان [نبذة في فكره]<sup>(٤)</sup> لا يقيس بها شيئاً ،

(١) ر . المختصر : ٢٠٩ / ٢ .

(٢) نسبة إلى السلق ، بقلة له ورق طويل ، غض طري . (معجم) والمراد خضراء الزبرجد تشبه خضراء الريحان ، أو خضراء السلق . هذا . وفي الأصل . « شفقي » .

(٣) في (ص) ، (ت ٢) :قصد .

(٤) في الأصل جملة غير مقروءة بهذا الرسم « . . . في الحيوان » في سده في مكره لا يقيس . . . هنكذا بدون نقط وفي (ص) « بيده في فكره » بهذا الرسم الواضح .

ولا نقيسها على شيء ، ويجري في تفريعها جريان من لم يدرك أصله بقياسه . وإنما فرعه على قدر الضرورة .

### فصل

قال الشافعي : « وأرى الناس تركوا وزن الرؤوس . . . إلى آخره »<sup>(١)</sup> .

٣٥٠٦ - السلم في الرؤوس والأكارع قبل التنفية غير جائز ، لما عليها من الصوف والشعر ، والمقصود مستتر بها .

وفي السلم فيها بعد التنفية قولان : أحدهما - الجواز ، كالسلم في لحم الفخذ وغيره من الأعضاء . والثاني - لا يجوز ؛ لأنَّه يختلف اختلافاً متبيناً في المشافر ، والمناخر ، وعظم اللحين ، وعظم الأسنان ، واللسان ، فقد يعظم منها ما لا يؤكل إلا على تكره ، ويصغر منها ما يقصد ، وهذا يختص بالرأس ، والتجويز في الأكارع أقرب .

ثم من صحة السلم شرط الوزن .

٣٥٠٧ - وذكر بعد هذا منع السلم في الجلد . يعني الجلد الطاهر ؛ فإنها لا تنضبط بتشكيل ، وفيها انعطافات متبينة ، والغرض من الأدم لا ينحصر على الوزن ، فالسلم إذا فيها كالسلم في ثوب من غير ذرع .

ولو قطعت وشكلت أشكالاً تقبل المساحة ، كالنعال السُّبْتِيَّة<sup>(٢)</sup> ، ففي السلم فيها وجهاً : أحدهما - وهو الأصح الجواز . والثاني - المنع ؛ لأن ثخانتها ودقتها خارج عن الحصر ، وأطراف الأدم متفاوتة في ذلك ، ولا يتأتى درك الجميع بسُبْر طرف . والأصح الصحة . والاعتماد على الوزن لا محالة . ولا التفات إلى الحيوان .

= و(ت ٢) « بيده في فكرة » بهذا النقط ، والمثبت محاولة من المحقق لإقامة العبارة .

(١) ر . المختصر : ٢٠٩/٢ .

(٢) السُّبْت كل جلد مدبوغ ، ومنه النعال السُّبْتِيَّة : أي الجلدية التي لا شعر عليها . (معجم ومصباح) .

ولا يصح السلم في الخفاف والصنادل ؛ لأنها مجهولة كالنشاشيب .

وإذا امتنع السلم في النشاب ، فالقوس المركب ، وهو قوس العجم أولى بالمنع .

والنَّبْعَةُ<sup>(١)</sup> التي يتخذ منها قوس العرب بأخذِه في التحرير من الطرفين ، فتتطرق إليه الجهة .

والأواني المنطبعة إن كانت على شكل واحد ، لا تناوت فيها تصايناً واتساعاً ، جاز السلم فيها ، والاعتماد على الوزن . وإن كانت تختلف أشكالها تصايناً واتساعاً ، فالسلم يمتنع .

هذا مجموع ما ذكره رضي الله<sup>(٢)</sup> عنه .

\* \* \*

(١) النَّبْعَةُ واحدة النَّبْع : شجر ينبع في قُلْهَةِ الجبل ، تتخذ منه القسي . (معجم) .

(٢) يعني الإمام الشافعي .

## باب التسعير

وهل ينادي منادي الإمام في البلد ، ويأمر بسعرٍ مقدِّرٍ في جنس حتى لا يتعدَّوه ؟

٣٥٠٨- فنقول : ليس للإمام / هذَا فِي رخاء الأسعار وسكون الأسواق ؛ فإنه حجرٌ <sup>١٥٠</sup> يَعْلُمُ الْمَلَكَ ، وهو ممتنعٌ . فأما إذا غلت الأسعار ، واضطرب الناسُ ، فهُلْ يجوز للإمام أن يُسْعِرَ ؟ فيه وجهان مشهوران : أحدهما - المنع طرداً للقياس الكلي . والثاني - الجواز ، نظراً إلى مصلحة العامة . وقد روى : « أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - مَرَ بِحَاطِبِ بْنِ أَبِي بَلْتَعَةَ ، وَبَيْنِ يَدِيهِ غَارَاتَانِ فِيهِمَا زَبِيبٌ ، فَسَأَلَهُ عَنْ سُعْرِهِ ، فَسَعَرَ مُدَّيْنَ بِدِرْهَمٍ فَرَآهُ عُمَرُ غَالِيًّا ، وَقَالَ : « حُدُثْتُ بِعِيرٍ مُقْبَلَةً مِنَ الطَّافِفِ تَحْمِلُ زَبِيبًا ، وَهُمْ يَعْتَبُرُونَ بِسُعْرِكَ ، إِنَّمَا أَنْ تَرْفَعَ فِي السُّعْرِ ، إِنَّمَا أَنْ تَدْخُلَ زَبِيبَ الْبَيْتِ ، فَتَبَيَّنَ كِيفَ شَيْئَتْ » <sup>(١)</sup> . وأراد برفع السعر الزيادة في وزن الزبيب .

ومن منع التسعير احتاج بما روى عن أنس أنه قال : غلت الأسعار بالمدينة ، وقلنا : يا رسول الله لو سعرت لنا ! فقال عليه السلام : « إِنَّ اللَّهَ هُوَ الْمَسْعُرُ الْقَابِضُ الْبَاسِطُ الرَّازِقُ ، وَإِنِّي لَأَرْجُو أَنْ أَقُولَ اللَّهُ تَعَالَى وَلَيْسَ لِأَحَدٍ مِنْكُمْ مُظْلَمَةً فِي دِمْ وَلَا مَالٍ » <sup>(٢)</sup> وأما حديث عمر فقد روى أنه كان يحاسب نفسه كل ليلة بما جرى له في

(١) حديث حاطب بهذا السياق ، وبهذه الألفاظ رواه الشافعي : المختصر : ٢٠٩/٢ . وروى مالك في الموطأ أن عمر رضي الله عنه من بحاطب ، وهو يبيع زبيباً له بالسوق ، فقال له عمر : إما أن تزيد في السعر ، وإما أن ترفع من سوقنا . الموطأ : كتاب البيوع ، باب الحركة والتريص ، ح ٥٧ ص ٦٥١ .

(٢) حديث أنس ، رواه أحمد : ١٥٦/٣ ، ٢٨٦ ، أبو داود : الإجارة ، باب التسعير ، ح ٣٤٥١ ، والترمذني : البيوع ، باب ما جاء في التسعير ، ح ١٣١٤ ، وابن ماجة : الإجرارات ، باب من كره أن يُسْعِرَ ، ح ٢٢٠٠ ، والدارمي : ح ٢٥٤٥ ، وأبو يعلى : ح ٢٧٧٤ ، ٢٨٦١ ، ٣٨٣٠ .

نهاره ، فروي أنه فعل ذلك ، فوجد فيما جرى له في يومه تسuirه على حاطب ، فندم وأتاه في جوف الليل ، وقال له : « إن الذي قلتُ ليس بعزيزمة ولا قضاء ، وإنما هو شيء أردت به الخير لأهل البلد ، فحيث شئت ، فبع ، وكيف شئت ، فبع » .

### فِصْنَاكٌ

٣٥٠٩ - روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « **الجالب مرزوق** ، والمحتكر ملعون»<sup>(١)</sup> وقال عليه السلام : « من احتكر طعاماً أربعين يوماً يقصد به الغلاء على الناس برئ منه ذمة الله »<sup>(٢)</sup> .

والجالب هو الذي يجلب الطعام إلى البلد وقت الضيق والغلاء ليوسع على المسلمين ، وهو على مضادة المحتكر ؛ فإن المحتكر هو الذي يحبس الطعام حتى تزداد الأسعار غلاءً وارتفاعاً .

ثم قال الأصحاب : المحتكر الذي يلحقه اللعن والوعيد صاحب مال يشتري الطعام ويحبسه ، ولا [يتركه]<sup>(٣)</sup> حتى يشتريه المساكين والضعفاء .

فاما من يشتري الطعام في وقت الرخص وكساد الأسواق ، ويحبسه لبيعه إذا غلا ، فلا بأس ؛ فإن أصل احتكاره وتربيصه كان في رخاء الأسعار ، حيث لا ضرار ، وربما يكون ما ادخره قائماً مقام الدُّخْر للناس ، ولو لا ادخاره ، لكان يضيع ، ويتفرق .

والحديث صحيحه ابن الملقن في البدر المنير : ٥٠٨/٦ ، وانظر التلخيص : (٣٠/٣) ح ١١٦٠ ) .

(١) حديث : « **الجالب مرزوق** » رواه ابن ماجة : التجارات ، باب الحركة والجلب ، ح ٢١٥٣ ، والحاكم : ١١/٢ ، والدارمي : ح ٢٥٤٤ ، وعبد بن حميد ، وأبو يعلى ، والعقيلي في الصعفاء من حديث عمر ، قال الحافظ : بسنده ضعيف . (ر . التلخيص : ٢٩/٣ ح ١١٥٨).

(٢) حديث : « من احتكر طعاماً... » أحمد : ٢٣/٢ ، الحاكم : ١١/٢ ، ١٢ ، وابن أبي شيبة : ١٠٤/٦ ، والبزار (كشف الأستار : ح ١٣١١) ، وانظر : التلخيص : (٣٠/٣) ح ١١٥٩ ) .

(٣) في الأصل و(ص) : ينزل .

وكذلك من اتفقت له غلة من ضياعته ، فحبسها على أي قصد أراد ، لم يتعرض للوعيد .

والقول في هذا الآن يتعلّق بقطب عظيم ، وهو أن الناس إذا كانوا يتهاوؤن على الرداء ، وقد أسرع فيهم الموتان<sup>(١)</sup> العظيم الذريع ، وانتهى كل واحد إلى استحلال الميتة وطعام الغير ، فالقول في هذا وفي كل ما يذخره كل إنسان لنفسه ولعياله ليس بالهين .

وسأذكر فيه في باب المضطر أصلًا يرقى عن مجال الفقهاء ، ونبه على قاعدة عظيمة ، إن شاء الله عز وجل .

\* \* \*

---

(١) (ص) ، (ت٢) : الوبيان . والموتان : الموت والهلاك . (المعجم ، والمصبح ، وتهذيب الأسماء واللغات) .

## بَابُ امْتِنَاعُ ذِي الْحَقِّ

- ٣٥١٠- إذا أتى المسلم إليه بما عليه على الصفات المطلوبة ، فلا كلام . وإن أتى بجنس آخر ، فهو اعتياض عن المسلم فيه ، وهو باطل .
- إإن كان أجود مما وصف ، جاز قبوله . وإن قال : لا أقبله ولا أقلّد المنة ، فالأصح أنه يجبر على قبوله .
- ومن أصحابنا من قال : لا يجبر ؛ لمكان المنة ، وهي ثقيلة على ذوي المروءات . ولو أتى بأرداً مما وصف ، لم يلزم المسلم القبول . وإن قبل محابياً ، جاز . وإن ش ١٥٠ أتى بنوع آخر والجنس متعدد ، مثل أن يقع السلم في الزبيب الأبيض / فيأتي بالزبيب الأسود أو الطائفي ، ففي المسألة وجهان عند التراضي : أحدهما - يصح قبوله ، ولا يكون اعتياضاً . والثاني - لا يجوز قبوله ؛ فإن اختلاف النوع كاختلاف الجنس .
- ولو أسلم في الحنطة النفيسة ، فأتى بالخسيسة ، فمن أئمننا من جعل ذلك كاختلاف النوع ، حتى يخرج على الخلاف . ومنهم من جعل النوع واحداً ، وجعل هذا اختلاف صفة ، مع اتحاد النوع .
- وإذا جاء بعد هندي والمسلم فيه تركي ، فطريقان : منهم من جعله كاختلاف الجنس ، ومنهم من جعله كاختلاف النوع ، على ما مضى .
- ولو أسلم في الحنطة ، لم يقبل التراب والتبغ فيه ، وقد ضبطت هذا في كتاب الربا وبيّنت القدر المحتمل منه .
- وإذا أسلم في التمر ، فأتى بالرطب من ذلك النوع ، فطريقان : منهم من جعل الرطب مع التمر نوعين ، ومنهم من جعلهما نوعاً واحداً .
- وإذا أسلم في لحم الطير ، لم يقبل الرأس والرجل ، يعني ما لا لحم عليه من الرجل .

ولو أسلم في لحم السمك ، لم يقبل الرأس والذنب ؛ لأن مطلق اسم اللحم لا ينصرف إليه ولا يقتضيه ، وليس كالعظم في أثناء اللحم ؛ فإنه كالنوى في التمر ، وقد جرى العرف بتنحية الرأس والذنب في السمك .

وفي هذا نظر عندي فأقول : إن أسلم في لحم السمك ، فالأمر على ما قال الأصحاب ، وإن أسلم في السمك ، فلا يكلف تنحية الرأس والذنب ، والعلم عند الله .

وأجنحة الطائر تُعَطَّف فیق [التسلیم]<sup>(١)</sup> بعد ذلك . ويجوز أن يقال : يزال ذنب السمك وجناه ؛ فإن الحيتان صحيحة الأوساط ، وكأنها طيور الماء .

ثم ذكر الشافعي أنه إذا أسلم في مكيل وقبض وزنا ، أو في موزون وقبض كيلاً ، فليس لهذا قبضاً صحيحاً ، وهو بمثابة القبض جزافاً ، وقد قدمته في قبوض البيع على أكمل وجه .

### فِصْلٌ ثالِثٌ

قال : « ولو جاءه بحقه قبل مَحِلِّه . . . إلى آخره »<sup>(٢)</sup> .

٣٥١١- من عليه الحق إذا جاء به ، فلا يخلو إما أن يكون الحق حالاً أو مؤجلاً ، فإن كان مؤجلاً ، وأتى به قبل الحلول ، نظر : فإن كان لصاحب الحق غرضٌ في التأخير . كأن كان حيواناً لا غنى به عن علف ، أو كان في وقت نهب ، وليس للمععطي غرض ظاهر إلا براءة الذمة ، وخيفة هجوم الموت ، فلا يجرئ صاحب الحق على قبول حقه حيث انتهى التصوير إليه ، قوله واحداً ؛ فإن غرضه في الامتناع عن القبول لائق . ولو لم يكن لمستحق الحق غرض ظاهر في الامتناع من القبول ، وكان للمعجل غرض في التعجيل ، كالمكاتب يستفيد بالتعجيل العنت ، وكذلك من رهن بالدين المؤجل عليه رهناً ، فهو يتطلب بتعجيل الدين فك الرهن . ومن الأغراض الظاهرة أن يكون

(١) في الأصل : السلم .

(٢) ر . المختصر : ٢١٠ / ٢ .

باليدين ضامن ، وكان من عليه الدين يحاول تفريغ ذمته .

فإذا لم يكن لذى الحق غرض في الامتناع ، وظهر غرض المعجل أُجبر صاحب الحق على القبول .

وإن لم يكن لواحدٍ منهمما غرض : لا لذى الحق في الامتناع ، ولا للمعجل ، ففي المسألة قولان : أحدهما - أن ذا الحق لا يجبر ، وله أن يبني الأمر على الوفاء بالأجل ، ويجعل المعجل كالمتبرع المعطي مزيداً ، وإذا كان كذلك ، فله الامتناع من تقلد هذه المنة .

والقول الثاني - أنه يجبر ؛ فإن الأجل حقٌّ من عليه الدين ، فإن أسقطه ، لم يكن مستحق الحق أن يتمتنع . وإذا كان أصل الحق يسقط بإبراء مستحقه من غير شرط القبول على الأصح ، فينبغي أن يسقط حق الأجل من غير حاجة إلى قبول من يستحق أصل الدين .

ولو كان لصاحب الحق غرض في الامتناع ، وكان للمعجل غرض ظاهر في التعجيل ، فالذي ذهب إليه الأكثرون أنا نرعي جانب مستحق الحق ، ونقطع بأنه لا يجبر لعذر اللاحق ، ومن أصحابنا من جعل تقابل / العذرین کسقوطهما ، وخرّج المسألة على القولين كما ذكرناه .<sup>١٥١</sup>

ولو لم يكن للمستحق غرض في الامتناع ، وظهر غرض المؤدي ، فقد قطع الأصحاب بالإجبار في هذه الصورة .

ولو كان الدين سلماً ، فعم وجود المسلم فيه قبل الحلول ، وكان يخاف المسلم إليه من انقطاع الجنس قبل الحلول ؟ فهل يعد ذلك عذراً في جانب المعجل ؟ حتى يبني عليه ما تقدم من التفصيل في أعذار المعجل ؟ فعلى وجهين : أحدهما - أنه عذر ؟ فإنه قد يترب على التأثير انفساخ العقد ، أو حق فسخه . والثاني - أنه ليس بعذر ؟ فإن العقد إن انفسخ ، رد رأس المال ، وسقط عنه الدين ، في مقابلة ما يرد .

هذا كله في الدين المؤجل إذا عجله من عليه .

فأما إذا كان الدين حالاً ، فجاء به من عليه ، وامتنع المستحق من القبول ،

ففي المسألة طريقة : من أصحابنا من قال بإجبار ذي الحق . فيقال له : إما أن تقبل ، وإما أن تبرئ ذمته من الدين .

ومن أصحابنا من ذكر في ذلك قولين أيضاً ؛ فإن مستحق الدين يقول : الحق لي ، وإليه طلبه ، فليس لمن عليه الحق أن يحتمكم عليّ في طلب الحق .

ومما يجب التثبت له أثنا في الدين المؤجل فصلنا بين المعدور وبين ما لا عذر له ، وإذا حل الدين ، فنقول : أما جانب مستحق الحق ، فلا يختلف بأن يكون معدوراً ، ووجه بين . وأما المعطي ، فإن كان معدوراً ، أجبر صاحبه على القبول قولاً واحداً . ولم يجر القولان ؛ من قبل أن العذر يوجب قبول ما ينطويه من الدين المؤجل ، فماطن بالدين الحال ؟

ثم إذا وجد العذر في الجانبين ، والدين حال ، فصاحب الحق مجبر على القبول قولاً واحداً ؛ فإننا قد أوضحنا أن عذر مستحق الدين لا اعتبار به إذا كان الدين حالاً . ثم حيث يجبر على القبول ، فإن لم يقبل ، قض القاضي عنه ، أو أنساب من يقبض . وإذا جرى ذلك ، فقد برئت ذمة المديون ، وكان المال أمانة لمستحق الحق في يد الحكم ، أو في يد من أنابه .

**٣٥١٣**- ومما يتصل بهذا أن من عليه الحق إذا ظفر بمستحق الحق في غير المكان المتعين شرعاً أو شرطاً ، وأراد إجبار مستحق الحق على القبول ، فالتفاوت في المكان كالتفاوت في الزمان : فإن كان على الناقل مؤونة ، لم يجبر مستحق الحق على قبوله ، وهو يناظر في الزمان ما إذا ظهر غرض بين في الامتناع قبل الحلول .

إن لم يكن في نقل المستحق مؤونة ، فهل يجبر مستحق الحق على قبوله في غير المكان المستحق ؟ فعلى القولين المقدمين فيه ، إذا جاء بالحق قبل حلول الأجل ؛ فالتفاوت المكاني في الحكم الذي أردناه كالتفاوت الزمانى .

**٣٥١٤**- تردد الأئمة في السلم في الثوب الذي يصبغ بعد نسجه ، فيما ذكره العراقيون : فأجازه بعضهم ، وهو ما قطع به الإمام .  
ولا خلاف في جواز السلم في الثوب الذي ينسج بعد الصبغ .

ولا فرق ؛ فإن عين الصبغ قائم في الثوبين .

ومن أئمتنا من منع السلم في الثوب المصبوج بعد النسج ، واحتج عليه بأن الصبغ ش ١٥١ عينٌ ضمت إلى الثوب ، وهو مجهول المقدار . والغرض يتفاوت . وهذا إنما كان يتوجه لو امتنع السلم في الذي صبغ غزله ، ثم نسج . والأصح التجويز ؛ فإن الصبغ صار صفةً في الثوب لا يُطلب تمييزه وفصله .

**فِرَعٌ ٣٥١٥ :** حكى صاحب التقريب عن ابن سريج أنه قال في السمك المملح : إن كان يظهر للملح وزن ، فلا يصح السلم لجهالة مقدار المسلم فيه . وإن كان لا يظهر للملح وزن ، لم يخل إما أن يكون له قيمة أو لا يكون ، فإن لم تكن له قيمة ، فلا أثر له ؛ إذ لا قيمة ولا وزن ، والسلم صحيح . وإن كان له قيمة ، فهو كالثوب المصبوج بعد النسج .

فإن قيل :رأيتم لو كان للصبغ وزن في الثوب ؟ قلنا : لا أثر لوزنه في الثوب ؛ فإن الثوب لا يوزن .

**فِرَعٌ ٣٥١٦ :** إذا قبض المسلم المسلم فيه ، وتلف في يده ، واطلع على عيب ، فرده ، فالاستبدال<sup>(١)</sup> منه غير ممكن بعد التلف . ولكن له الرجوع بالأرش ، وهو قسط من رأس المال . وإذا حصل الرجوع ، لم يكن لهذا استرداداً ، ولكنه في حكم فسخ العقد في ذلك المقدار المسترد . وذهب المزنبي إلى أن الرجوع بالأرش لا يثبت بعد تلف المقبوض .

\* \* \*

---

(١) في النسخ الثالث : والاستبدال .

## كتاب الراهن

**٣٥١٧** - الراهن توثيق الدين بعين مالٍ يسلّمها الراهن إلى صاحب الدين ، وحقيقة الراهن الإثبات ، ومنه قيل : الحالة الراهنة ، أي القائمة الثابتة .

والأصل في الراهن الكتاب ، والسنّة ، والإجماع . فأما الكتاب ، فقوله تعالى :

﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَقْرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فِيهِنْ مَقْبُوضَةً ﴾ الآية [البقرة : ٢٨٣] قوله تعالى :

﴿ فِيهِنْ ﴾ مصدر أقيم جزاءً للشرط بحرف التعقيب ، وهو الفاء ، فقام مقام الأمر ؛ فإن الشرط والجزاء لا يعتقبان إلا على الأفعال ، فجري ذلك مجرى الأمر ، كقوله تعالى :

﴿ فَتَحَرِّرُ رَبَّةُهُ ﴾ [النساء : ٩٢] ، وقوله : ﴿ فَضَرَبَ الرِّقَابِ ﴾ [محمد : ٤] وقوله تعالى :

﴿ فِيَّنِيَّةً ﴾ [البقرة : ١٩٦] ، وقوله : ﴿ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيْكَامٍ أُخْرَ ﴾ [البقرة : ١٨٥] أي فحرروا ، وافدوا ، واضربوا ، وصوموا .

و« رهن رسول الله صلى الله عليه وسلم درعه من أبي [الشحم]<sup>(١)</sup> اليهودي ، بشعر استقرضه منه ، فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم ودرعه مرهون »<sup>(٢)</sup> .

والراهن محثوث عليه ، وليس حتماً ، فإنه قال تعالى في سياق الآية ﴿ إِنْ أَمَنَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا فَلَيُؤْذَ الَّذِي أَوْتُمْ أَمْنَتْنَاهُ ﴾ [البقرة : ٢٨٣] .

(١) في الأصل : أبي شحمة . وهو تصحيف ، نصّ عليه وبين أنه وقع من إمام الحرمين الحافظ ابن حجر عند تحرير الحديث في التلخيص ٨١/٣ . وهو على الصواب في (ت ٢) : « أبي الشحم » وفي (ص) « أبي شحمة » كالأصل ، فهذا يعني أن التصحيف كان في بعض نسخ النهاية دون بعض .

وانظر تعليقاً آخر عن الموضوع ذاته قبل باب الراهن والحمليل بنحو سبع صفحات (ص ٢١٨) .

(٢) حديث : « توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ودرعه مرهونة » متفق عليه من حديث عائشة : (اللؤلؤ والمرجان : ٣٩٢ ح ١٠٣٣) .

وأصل الرهن مجمع عليه ، وهو يشتمل على ركنين : مرهون ، ومرهون به . أما المرهون ، فلا يكون إلا عيناً ، لأن الغرض من الرهن التوثيق ، ولا يتوثق الدين بالدين ، وهو مشبه بالهة ، من حيث إنها تبرع بفتقر إلى القبول . ثم الهة تختص بالعين . ولو قال : وهبت منك ألف درهم ثم نقدتها عن ذمته ، وأقبض لم يصح ، بخلاف ما لو باع ألفاً بألف ، ثم نقداً وتقابضاً قبل التفرق . هذا في المرهون .

وأما المرهون به ، فلا يكون إلا ديناً ؛ فإن الغرض استيفاء الدين من العين ، عند فرض العسر . ولو كان المرهون به عيناً ، فاستيفاؤها من المرهون محال ، وهي متعدنة .

وفي ضمان الأعيان المضمونة كلام وتردد سنفرعه على قولي كفالة الأبدان من كتاب الضمان . وإذا جوزنا ضمان الأعيان المضمونة ، فهو بتقدير ضمان قيمتها إذا ١٥٢ تلفت ، ولا يجوز الرهن بالعين على هذا التقدير في المذهب الظاهر ؛ لأن الضمان لا ضرر عليه إذا امتد بقاء العين ، فالذمة متعدنة للتزام الحقوق . ولو جاز الرهن على هذا التقدير ، لجر ضرراً دائمًا لا نهاية له ؛ فإن العين التي يقدر الرهن بها ربما لا تتلف أبداً ، فيبقى الرهن دائمًا ، ويطرد الحجر بدوامه .

### فصل ثالث

قال الشافعي : « والدين حق ، فيجوز الرهن به . . . إلى آخره »<sup>(١)</sup> .

٣٥١٨- قال الأصحاب : أراد حق لازم .

فنقول : قد تقدم أن المرهون به يشترط أن يكون ديناً . وغرضنا انحصر الرهن في قبيل الديون . وهذا الفصل يحوي تقسيم الديون ، فهي منقسمة ثلاثة أقسام : دين لازم مستقر في الذمة ، كالسلم ، والقرض ، والأروش ، والأثمان ، والمهور ، والأجور ، فيجوز الرهن بهذه الديون .

والقسم الثاني - دين لا يتصف باللزموم ، ولا يُفضي إليه ، وهو كنجوم الكتابة ، فلا

(١) ر . المختصر : ٢١٠ / ٢ .

يجوز الرهن بها ؛ فإنها لم تتأكد باللزوم ، ولا يتصور أن تنتهي إليه في نفسه . فالتوثيق به لا معنى له . فإن قيل : إذا أدى المكاتب النجم ، فقد انتهى إلى التأكيد . قلنا : نعم هو كذلك ، ولا حاجة بعده إلى التوثيق .

والقسم الثالث - دين لا يتصف باللزوم في نفسه ، ولكنه يفضي إلى اللزوم . وهذا ينقسم قسمين : منه ما أصله اللزوم ، والجواز دخيل فيه مرفقاً . ومنه ما أصله الجواز ، ولكنه يفضي إلى اللزوم .

أما القسم الأول ، فهو كالثمن في زمان الخيار ، [فالرهن به جائز . وهذا يتطرق إليه خلاف ، لا محالة ، متلقى من اختلاف القول في أن البيع في زمان الخيار]<sup>(١)</sup> هل يتضمن نقل الملك في المبيع إلى المشتري ، وفي الثمن إلى البائع ؟ فإن حكمنا بأنه يقتضي النقل ، فعليه قطع الأصحاب بصحة الرهن . وإن قلنا : إنه لا يقتضي النقل أصلاً ، فالظاهر منع [الرهن]<sup>(٢)</sup> ؛ إذ لا دين ، فيقع الرهن لو وقع قبل ثبوت الدين .

هذا قسم من قسمين انقسم إليهما القسم الثالث .

والقسم الثاني - **الجعل في الجعالة**<sup>(٣)</sup> ، فمبناه في وضع العقد على الجواز ، ولكنه ينتهي إلى اللزوم عند تمام العمل ، ففي جواز الرهن به وجهان : أحدهما - أنه جائز كالثمن في زمان الخيار . والثاني - لا يجوز ؛ فإنه قبل اللزوم بعيد عن التوثيق ؛ إذ لا يتصور من المتعاقدين في الجعالة أن يلزموا **الجعل** باختيارهما قبل العمل . ويتصور من المتابعين إلزام الثمن باختيارهما .

ومن قال بالوجه الأول ، انفصل عن هذا ، وقال : لو كان ثبوت الرهن مأخوذاً من اختيار اللزوم ، لكان الرهن بالثمن في زمان الخيار متضمناً إلزاماً العقد . وليس كذلك .

**٣٥١٩**- وكل ما جاز الرهن به صحيحاً ضمانه ، وكل ما صح ضمانه جاز الرهن به ، إلا العهدة فإن ضمانها جائز على ظاهر المذهب - وهو ضمان الدّرَك - ولا يجوز الرهن

(١) ما بين المعقفين ساقط من الأصل .

(٢) في النسخ الثلاث : الدين . والمثبت تقدير منا رعاية للسياق .

(٣) بكسر الجيم ، وبعضهم يحكي تثليتها . (المصباح) .

بعهدة البيع . والفارق بينهما أن ضمان العهدة إنما جاز مصلحة في العقد ؛ إذ قد لا يتحقق المشتري بغير بيايده ، فينكشف عن معاملته . ويلتحق بهذا السبب ضرار بالجانبين ، فسogue الشرع التوثيق بالضمان . ثم لا ضرر في ذلك الضمان ؟ فإن الضمان لا طلبة عليه قبل بدء الاستحقاق . وإن جوزنا الرهن بالعهدة ، لكان ذلك التزام حجر<sup>(١)</sup> في المرهون لا نهاية له ، وهو تجيز ضرار لا نهاية له على مقابلة توقيع ضرار .

ش ١٥٢ وحكى / شيخي عن شيخه القفال وجهاً في جواز الرهن بالعهدة . والسبب فيه أن الثقة قد لا تحصل إلا به ، والرهن منصوص عليه في آية المدائع في طلب الوثائق دون الضمان ، وما قدر من الضرار غير سديد ؟ فإنه إنما يعظم وقع الضرار لما يلزم من غير اختيار ، وكلامنا هذا في جواز الرهن إذا وقع الرضا به ، لا في وجوبه .

### فِصْنَاعَةُ الْمَوْعِدِ

قال : « وكذلك كل حق لزم في حين الرهن وما تقدم الرهن . . . إلى آخره »<sup>(٢)</sup> .

٣٥٢٠ - أشار الشافعي إلى أن الآية في دين مخصوص ، ثم بين أن ما سواه من الديون اللاحمة في معناه .

فنقول : إذا وجب الدين وأنشأ الرهن بعده ، فهذا رهن لا كلام فيه . ولو قدم الرهن بشقيه على وجوب الدين ، لم يصح عند الشافعي .

فلو قال : رهتك هذه العين بألف تقرضني ، فقال المخاطب : ارتنهنت ، ولا إقراض بعد<sup>(٣)</sup> ؟ فهذا مردود ، وإن جرى القرض بعد ذلك ؛ فإن الرهن توثيق الدين ، ولا يعقل التوثيق قبل الدين ، إلا على مذهب التعليق ، وتعليق الرهن باطل . والقول في الضمان قبل الوجوب كالقول في الرهن . ثم في المذهب تفصيل طويل

(١) (ص) ، (ت ٢) : جحد .

(٢) ر . المختصر : ٢١٠/٢ .

(٣) « الواو » وأو الحال ، والمعنى : أن الإيجاب والقبول بعقد الرهن قد تم والحال أنه لم يتم القرض الذي به الرهن .

في ضمان مال لم يجب . سيأتي في أول كتاب الضمان ، ونذكر ترتيبين في القديم والجديد .

ثم الرهن يجاري الضمان في محل الوفاق والخلاف ، إلا في أمثال ضمان العهدة ؟ فإن الرهن ينفصل في ظاهر المذهب عن الضمان ، ويجرى وجه مطرد للقفال في تنزيل الرهن منزلة الضمان .

هذا قولنا في طرفي الثبوت والنفي : ذكرنا تقدم الدين ، وإنشاء الرهن بعده ، ثم ذكرنا تقدم الرهن بشقيه وابتداء الوجوب بعده .

**٣٥٢١** - ونحن نذكر الآن حكم الاقتران بين الرهن والدين ، ونجري فيه حكم العاقب أيضاً . ونرسم في غرضنا مسائل أرسالاً .

فلو تقدم شقاً الرهن على البيع ، وذلك أن يترأها بالشمن ، ثم لا يتفرقا حتى يتباينا ، فالذهب المثبت أن ذلك غير جائز . وأبعد بعض الأصحاب ، فجواز ذلك إذا جمع المجلسُ الرهنَ والبيع ، وجعل اتحاد المجلس كالاقتران بالإيجاب والقبول ، كما سنصفه الآن .

وهذا ليس شيء ؛ فإن المجلس إن ثبت له حكمُ ، فهو بعد البيع ، وعقد الرهن لا [مجلس]<sup>(١)</sup> له ، ولا أثر لخيار المجلس فيه ، كما قدمناه . ثم لو قدر له مجلس ، فالبيع بعده ليس من لواحقه . ونحن إن رأينا إلحاقي شيء بالعقد في مجلسه ، فهو في توابع العقد الذي المجلس مضاف إليه . ولو لا ذكر الأصحاب لهذا ، لأضررنا عنه .

هذا بيان اجتماع الاقتران بتقدير تقدم الرهن ، وتعقب البيع .

فاما إن امتنح إيجاب الرهن واستيغابه بالتواجد في البيع ، فالوجه أن نفصله .

فمن صور ذلك أن يتقدم ذكر الرهن ، بأن يقول البائع : ارتهنت ثوبك هذا بألف ، وبعثك هذه الدار به ، فقال المشتري : رهنتُ واشترت ، أو قال : اشتريت ورهنت . فإذا قدم المبتدئ ذكر الرهن ، وعقبه في استكمال الكلام بذكر ما يليق به من شقي البيع ، فظاهر المذهب أن هذا غير جائز .

(١) في الأصل : مجيز .

ويتحقق بهذه الصورة أن يقول البائع : بعث وارتهنت ، ويقول المشتري رهنت ي ١٥٣ واشتريت ، فسواء وجد تقدم شقي الرهن على شقي / البيع على صورة الاقتران ، أو وجد من أحد الجانبين تقديم شق من الرهن ، فالوجه منع صحة الرهن .

ويقرب أن يرتب هذا على تقدم الشقين من الرهن . ووقوع البيع بعدهما .

ولكن لا ينبغي أن يعتقد ذلك الوجه الضعيف من أصل المذهب ، حتى يُتنى عليه أو يُرتب عليه .

فلنبدئ قائلين : الأصح أن الرهن يفسد في الصورة التي ذكرناها ؛ لأنه قدّم شق منه أو شقا على شقي البيع المثبت للثمن ، وإذا كان الرهن يستدعي ثبوت الدين ، فأحد شقيه يستدعي ذلك أيضاً . ووضع الرهن استئخار أوله عن ثبوت الدين .

٣٥٢٢ - ومن المسائل في الباب أن يتقدم مصراع البيع على مصراع الرهن ، وذلك مثل أن يقول للبائع : بعث منك هذه الدار ، وارتهنت هذا الثوب بالثمن . فقال المشتري : اشتريت ورهنت ، فقدم كل واحد شق البيع على شق الرهن ، ووقع شقا الرهن ممتزجين بشقي البيع ، على ما وصفناه ، وميزنا هذا النوع في التصوير عما تقدم عليه بذكر كل واحد من المتداخلين شق البيع أولاً ، فإنه لو ذكر أحدهما شق الرهن ، ثم شق البيع ، اتصل بالفن المتقدم على هذا .

ومن صور هذا القسم أن المشتري لو قال : يعني هذه الدار ورهنت هذا الثوب ، فقال البائع : بعث وارتهنت ، وجعلنا الاستدعاء قبولاً كما سيأتي في موضعه .  
هذا بيان الصور .

ونص الشافعي ظاهر في تصحيح البيع في هذه الصور ، واتفق على القول بالصحة فيها الأصحاب .

وذكر القاضي في طريقه تخريجاً من عند نفسه ، لم يقله ؛ فقال : هذا مشكل ؛ فإن أحد شقي الرهن يقع لا محالة قبل ثبوت الثمن بانعقاد البيع ، ووضع الرهن يقتضي استئخار إنشاء الرهن عن ثبوت الدين ، فقال يظهر أن يخرج هذا قولًا . ويقول : لا يصح الرهن ما لم يتقدم الدين بشقيه ، ثم ينشأ أول الرهن بعدهما .

وهذا يظهر تخریجه من مسألة للشافعی في الكتابة ؛ فإنه قال : إذا قال السيد لعبدہ : كاتبتك على ألف درهم ، وبعت هذا العبد منك بألف ، فقال العبد : قبلت الكتابة والبيع . قال الشافعی : لا يصح البيع ؛ فإنه يستدعي ثبوت الكتابة أولاً ، وقد جرى أحد شقى البيع قبل انعقاد الكتابة ، ولا يصير العبد من أهل المعاملة مع مولاه ما لم تتم الكتابة ، فيخرج من الرهن على هذا خروجاً ظاهراً .

ثم قال : لو أردنا فضلاً بين الأصلين فقهياً ، لم نجده إلا أن تتعلق بمصلحة العقد ، فنقول : الرهن من مصلحة البيع ، فإن نفذ مقترناً بالبيع ، كان هذا لائقاً بالمصلحة ؛ من جهة أن البائع ربما كان يتطلب وقوع الاستئثار بالرهن مع وقوع البيع ، والوجه مزج العقد بالعقد كما ذكرناه . والبيع ليس من مصلحة الكتابة ، فجري فساد البيع على القياس الذي مهدناه .

وكان شيخنا أبو محمد لا يفرق بين أن يقول البائع : ارتهنت وبعت ، أو يقول بعث وارتنهنت . والأحسن أن نفصل بينهما كما ذكرناه .

فإن قيل : لم ؟ وشقُّ الرهن وقع قبل انعقاد البيع من الوجهين ؟ فإذا كان كذلك فائي أثر لتقديم شق البيع أو شق الرهن ؟ قلنا : قول القائل : بعت بآلف ، وارتهنت به ، منتظم إلى أن يحكم بالصحة أو الفساد ، وقوله : ارتهنت بآلف وبعت ، ليس له / نظم ١٥٣ ش صحيح ؛ فإن الرهن يستدعي استئخاراً عن ذكر مرهونه ، فيظهر الفرق في نظم العقد ، وإن لم يظهر في الوجوب والثبوت .

**فَيُنْهَى** : ٣٥٢٣ - لو قال : بعثك هذه الدار بألف درهم ، بشرط أن ترهبني ثوبك بالألف . فقال : اشتريت ورهنت . والتفریع على النص في الحكم بصحة الرهن . قال الأصحاب : يتم الرهن بما جرى ، لأنه وجد من البائع استدعاء الرهن ، فكان ذلك بمثابة الارتهان والتلفظ به .

قال القاضي : الذي عندي أنه لا بد من لفظ الارتهان ، أو القبول من البائع بعد قول المشتري : رهنت ؛ لأن الذي وجد منه شرط الإيجاب ، وليس باستيğاب . وهذا يبنت على أن الاستيğاب في البيع والرهن هل يكون بمثابة القبول ؟ فإذا قال الرجل :

يعني عبده هذا بألف ، فقال البائع : بعثه منك بالألف ، فما تقدم من الاستيğاب واستدعاء الإيğاب هل يكفي ؟ وهل يحل محل التصریح بالاشتراء والقبول ؟ فيه قولان وترتيب نصوص سنذكرها في موضعها . فإن قلنا : الاستيğاب لا يكفي ، فلا كلام . وإن قلنا : الاستيğاب يكفي في البيع ، فإنه كاف في الرهن أيضاً .

فعلى هذا إذا قال البائع : بعثك هذه الدار بألف درهم بشرط أن ترهنني ثوبك ، فقال : اشتريت ورهنت . فقوله بشرط أن ترهنني هل يتزل متزلة قوله بعث منك بألف وارهني ثوبك ؟ فيه تردد . والأصح في القياس ما ذكره القاضي . وإن كان الأشهر غيره .

### فِصَلْكَهُ

قال : « ولا معنى للرهن حتى يكون مقبوضاً ... إلى آخره »<sup>(١)</sup> .

٣٥٢٤ - لا يلزم الرهن دون القبض ، خلافاً لمالك<sup>(٢)</sup> - رحمه الله - وهذا الخلاف مطرد معه في الهبة والعارية المؤقتة . والتأجيل في الفرض واعتبار الرهن بالهبة قريب ؛ من قبل أن كل واحد منهم يتبرع ، والمتبوع قد يتعرض للندم ، والمعاوضات تبعد عن إمكان الندم . ثم جعل الشارع لما ذكرناه من توقع الندم متنه ومراداً ، وهو القبض ، ولسنا نتمسك بهذا المعنى تمسك من يقصد الاستقلال به ، بل مقصودنا تشبيه الرهن بالهبة ، وهو ظاهر .

ثم المعتمد في الهبة حديث لأبي بكر - رضي الله عنه - في ذلك ، سنذكره في كتاب الهبات ، إن شاء الله تعالى .

ثم قال الشافعي : « حتى يكون مقبوضاً من جائز الأمر حين رهن ، وحين أقبض ... إلى آخره »<sup>(٣)</sup> .

(١) ر . المختصر : ٢١٠ / ٢ .

(٢) ر . الإشراف : ٥٧٦ / ٢ مسألة : ٩٥٥ ، حاشية الدسوقي : ٣ / ٢٣١ .

(٣) ر . المختصر : ٢١٠ / ٢ .

٣٥٢٥ - أما اشتراط الاستقلال والاتصال بشرطه عند العقد وعند القبض ، فيبين لا إشكال فيه ، وإنما الكلام فيه إذا تخللت أحوال بين العقد وبين القبض ، ثم فرض زوالها ، فهل يُقضى بارتفاع العقد وانفاسه ؟ أم كيف الكلام ؟

الذي يقتضيه الترتيب أن نذكر موت الراهن ، أو موت المرتهن بين العقد والقبض ، نص الشافعي على أن الراهن يسلم إلى ورثة المرتهن ، وهذا تصريح منه بأن الراهن لا يبطل بموت المرتهن قبل القبض .

وحكى بعض أصحابنا نصاً أن الراهن لو مات قبل الإقباض ، بطل الراهن . ثم اختلف الأئمة : فمنهم من جعل في موت الراهن والمرتهن قبل القبض قولين : أحدهما - أن الراهن يبطل بموت كل واحد منهما ؛ فإنه على حقيقة الجواز قبل القبض ، والعقود الجائزة تنفسخ بموت أحد المتعاقدين في أثناء الجواز ، والذي يتحقق ذلك أن القبض / فيما يشترط القبض فيه يقع موقع أحد جوابي البيع وغيره ؛ فإنه ركن في ١٥٤ ي تحصيل مقصود العقد .

والقول الثاني - لا يبطل العقد بموت كل واحد منهما ؛ فإن مصير العقد إلى اللزوم على الحد المعلوم ، فكان الموت قبل القبض كموت أحد المتعاقدين في زمان الخيار . ومن أصحابنا من قال : يبطل الراهن بموت الراهن قبل القبض ، ولا يبطل بموت المرتهن . والفارق أن الراهن ربما يموت وعليه ديون مستغرقة ، فإذا لم يلزم الراهن بالقبض ، فالوجه انقطاع الراهن ، وتقديم الحقوق اللازمة . وإن لم يكن ديون ، فلا نظر إلى هذا ، بل النظر إلى إمكانه .

قال الشيخ أبو محمد : السديد في ذلك أن نقول : إن مات الراهن وخلف ديوناً مستغرقة ، فلأصحاب الديون المنع من تخصيص المرتهن بشيء . لا يجوز خلاف ذلك . فاما إذا لم تكن ديون مستغرقة ، أو كانت ، ورضي الغرماء بالتفصيص وإنفاذ الراهن ؛ فإذا ذاك يختلف الأصحاب .

٣٥٢٦ - والمذهب الظاهر أن الراهن لا يبطل بموت المرتهن ، ولا بموت الراهن ، لما ذكرناه من أن العقد مصيره إلى اللزوم ، والعقود الجائزة التي تنفسخ بالموت

فمستندها أمرٌ وقول لا لزوم له ، فإذا مات القائل ، انقطع أثر قوله ، كالجعالة<sup>(١)</sup> ، والوكالة . ولهذا قال المحققون : لا يشترط القبول في الجعالة والوكالة ، فإذا آلت سبب الانفساخ إلى انقطاع قول القائل ، تضمن الموت لا محالة الانفساخ . والرهن عقدٌ تام يشير إلى مقصود يتوقف لزومه على القبض ، فكان هذا يقتضي أن يبقى العقد على صفتة بعد العاقدين . وبعد موت أحدهما .

**التفريع :** ٣٥٢٧ - إن حكمنا أن الموت لا يبطل الرهن ، فلو فرض طريان الجنون ، فهو أولى بأن لا يطله . ثم إن جُن المرتهن ، نصب القاضي قيمًا يقبض الرهن إن ساعده عليه الراهن . وإن جُن الراهن ، نظر القيم في صلاح الأمر ، فإن رأى الأصلح له أن يقبض أقبض ، وإن رأى الأصلح في الفسخ ، فسخ .

وإن قلنا : طريان الموت يتضمن انفساخ الرهن ، ففي طريان الجنون وجهان ، وسنذكر تفصيل الجنون والإغماء ، وما في معناهما ، إن شاء الله عز وجل .

وإن طرأ السفة بين العقد والقبض ، فاقتضى طريانه عود الحجر أو إعادته ، فإذا طرأ<sup>(٢)</sup> الحجر ، ففي انفساخ الرهن خلافٌ مرتب على الجنون ، وهذا أولى بأن لا ينفسخ الرهن فيه ؛ لأنه بالسفة لم يخرج عن أن يكون من أهل العبارة لو أذن له فيها ، واستقصاء ذلك في كتاب الوكالة ، إن شاء الله تعالى .

**فِيَّ :** ٣٥٢٨ - إذا باع الراهن الرهن قبل القبض ، أو وهب ، أو أصدق ، أو أعتق ، وكل ذلك يصح منه ، ويكون رجوعاً في الرهن .

فأما إذا أجر المرهون قبل القبض ، أو زوج الجارية : أما التزويع قبل القبض ، فإنه لا يكون رجوعاً في الرهن ؛ فإن التزويع لا يرد على مورد الرد<sup>(٣)</sup> ، ولا يمتنع رهن المزوجة ابتداء .

وأما الإجارة ، فإن قلنا : لا يمتنع رهن المكرى وبيعه ، فهو كالتزويج . وإن

(١) بكسر الجيم ، وحُكى فيها التثبت . (المصباح) .

(٢) في (ص) ، (ت٢) : طرد .

(٣) كذا في السخ الثالث . ولعلها : « على مورد الرهن » .

قلنا : يمتنع رهن المكرى ، الأصح أن الإجارة تكون رجوعاً . ومن أصحابنا من لم يجعلها رجوعاً على هذا القول . وهو بعيد .

ولو دبر العبد قبل القبض ، فالمنصوص أن ذلك رجوع عن الرهن ، وخارج الربيع / ١٥٤ ش قول آخر أنه لا يكون رجوعاً ، وهذا منقاس ؛ إذ بيع المدبر جائز عندنا ، وهذا كاختلاف القول في أن المدبر هل يجوز رهنه .

ولو دبر عبداً ، ثم رهنه ، ففيه كلام يأتي بعد هذا على قرب . وكل ذلك ينشأ من نص الشافعي : في أن من أصدق أمرأته عبداً ، فدبّرته ، فطلّقها الزوج قبل الميس ، فهل يرجع في نصف المدبر ؟ فيه كلام . سياتي ، إن شاء الله عز وجل .

وسأجمع - بتوفيق الله - مراتب الكلام في الرجوع في كل فن يقبل الرجوع ، في باب الرجوع عن الوصايا . وقد قدمت طرفاً منه في أول البيع .

### فِصَلْكَانٌ

قال : « وما جاز بيده جاز رهنه . . . إلى آخره »<sup>(١)</sup> .

٣٥٢٩- قال الأصحاب : الأشياء في البيع والرهن على أربعة أقسام : أحدها - ما لا يجوز بيده ، ولا يجوز رهنه ككل ما لا يُملِك ، وكالموقوف ، وأم الولد ، والأباق ، وما لا يتمول .

والقسم الثاني - ما لا يجوز رهنه ، وفي بيده تفصيل ، ومنه الدين ، فإنه لا يجوز رهنه وفي جواز بيده خلاف ، وقد يتحقق بهذا القسم المدبر والمعلق عتقه بصفة ، فإن بيدهما نافذ ، وفي رهنها كلام سياتي .

والقسم الثالث - ما يجوز رهنه على وجه ، وفي بيده خلاف ، ومنه العقد على الأم دون الولد ، وعلى الولد دون الأم . لهذا جائز في الرهن ، وفي البيع كلام .

والقسم الرابع - ما يجوز بيده ورهنه ، وهو معظم الأعيان المملوكة على الإطلاق . وسنلحق بكل قسم ما يليق به في مسائل الكتاب ، والذي ذكرناه الآن تراجم .

(١) ر . المختصر : ٢١٠ / ٢

وغرض الشافعي بما قال تجويز رهن المشاع ، وهو مذهبنا ، والخلاف فيه مع أبي حنيفة<sup>(١)</sup> مشهور . ثم إذا جرى الرهن في المشاع ، فالقبض فيه يتاتي بتسليم كله ، ثم يرتد إلى المالك النصفُ الذي لم يرهن على مهابأة ومناوية ، ولا يمتنع صحة الرهن . وإن كان القبض يتبعض بحكم الشيوع . ونحن قد نبعض القبض لتوفير المنافع على الراهن ، على ما سيأتي ذلك ، إن شاء الله عز وجل .

### فِصْلٌ ثالثٌ

قال : « ويجوز ارتهان الحاكم ، وولي المحgor عليه ، ورهنهما عليه في النظر له ... إلى آخره »<sup>(٢)</sup> .

٣٥٣٠ - صور الأئمة من ولـي الطفل الارتهاـن للطفل ، وصوروا منه أيضاً رهن مال الطفل ، واتفقوا على الجملـة أن الرهن والارتهاـن منه متـقيـد بشـرـطـ الغـبـطـةـ ، ورـعاـيـةـ المصلـحةـ .

اتفق العراقيون على أن الأب ليس له أن يبيع شيئاً نسيئـةـ من مال الطفل ، ولو باع بأضعاف الشـمـنـ من مـلـيـءـ وفيـ إلىـ أـجـلـ قـرـيبـ ، ولم يـرـهـنـ شيئاً ولـكـنـ وـثـقـ بـيـسـارـ المشـتـريـ وـانتـظـامـ حـالـهـ ، وزـعـمـواـ أنـ هـذـاـ تـغـرـيرـ بـمـالـ الطـفـلـ ، وـرـفـعـ لـلـمـلـكـ وـالـيدـ عـنـهـ لاـ فيـ مـقـابـلـةـ عـوـضـ نـاجـزـ .

وهـذاـ الـذـيـ ذـكـرـوـهـ لـمـ أـرـ فـيـ طـرـقـنـاـ ماـ يـخـالـفـ عـلـىـ التـصـرـيـحـ ، ولـكـنـ فـيـ مـعـانـيـ طـرـقـنـاـ ماـ يـجـوـزـ ذـلـكـ ، ولـيـسـ بـيـعـ مـالـهـ نـسـيـئـةـ منـ غـيرـ رـهـنـ بـأـكـثـرـ بـمـالـ الطـفـلـ ، وـقـدـ ذـكـرـنـاـ فـيـ تـجـارـةـ الـوـصـيـ فـيـ مـالـ الـبـيـتـمـ أـنـ ذـلـكـ جـائزـ ، وـمـعـظـمـ الـأـرـيـاحـ وـنـمـاءـ الـتـجـاـيـرـ يـقـعـ فـيـ النـسـيـاـيـاـ<sup>(٣)</sup> .

(١) ر . رؤوس المسائل : ٣٠١ ، مسألة ١٨٩ ، وختصر الطحاوي : ٩٢ ، والمبسot : ٦٩/٢١ ، وطريقة الخلاف : ٤٣٤ ، مسألة : ١٧٦ .

(٢) ر . المختصر : ٢١٠/٢ .

(٣) (ت ٢) : النسيئات .

أما البيع نسيئة مع الارتهان، فجائز لا منع فيه على الجملة، على شرط رعاية الغبطة.

٣٥٣١ - وها نحن نفصلها بالمسائل . فنذكر الارتهان للطفل ، ثم نذكر رهن مال / ١٥٥ ي الطفل ، فأما الارتهان للطفل ، فقد يفرض في بعض الموضع نظراً محضاً ، فالوجه القطع بنفوذه ، وذلك إذا أتلف رجل مالاً من أموال الطفل ، والتزم قيمته ، فإذا رهن بما لزمه للطفل مالاً ، فلا شك في صحة الرهن ؛ فإنه يقع محض فائدة<sup>(١)</sup> مجردة للصبي ؛ فإنه يتوصّل دينه إلى اتفاق القضاء وليس عليه من الارتهان غرر ولا ضرر .

ومن صور الارتهان للطفل أن الولي إذا رأى أن يبيع شيئاً من ماله نسيئة على أن يرتهن ، والبيع على شرط الغبطة ، فالرهن صحيح . والعراقيون لما قطعوا بمنع البيع نسيئة ، قيدوا القطع في المنع بما إذا لم يكن بالشمن رهن . فأمّا إذا كان به رهن واقتربت المصلحة بالمعاملة ، فلا مانع من الجواز .

وإذا كان الولي يخاف النهب والغارة فرأى إيقاع مال الطفل في ذمة مليء وفي على أن يرتهن له ، كان ذلك جائزاً . ولو باع ماله نسيئة بمثل ما يُشتري به نقداً وارتهن ، فالبيع باطل ، والارتهان فاسد ؛ فإن ثبوت الرهن موقوف على ثبوت مرهون به ، فإذا لم يثبت ، لم يصح الرهن .

ثم إذا قبض الرهن على الفساد ، فهوأمانة . هذا من الأصول المتفق عليها ؛ فإن ما لا يقتضي ضماناً إذا صح ، ففاسده لا يقتضي الضمان ، على ما سيأتي ضبط أمثال ذلك .

وكذلك لو أفرض مال الطفل ، لا في نهب ولا عند إرهاق حاجة ، فالإقرارات فاسد .

ثم إذا أفسدنا المعاملة على مال الطفل ، فالعين مُتبعة<sup>٢</sup> أينما صودفت ، وإن تلفت في يد المشتري أو المستقرض ، توجّه الضمانُ عليه ، والضمان على كل حال متوجه على الولي لتفريطه ، ورفعه اليَّ عن مال الطفل لا على جهة الغبطة .  
فهذا تفصيل الصور التي يجري فيها الارتهان للطفل .

(١) في النسخ الثلاث : محض وفائدة .

٣٥٣٢ - فاما رهن مال الطفل ، فهو إيقاع طائفة من ماله في حجر الرهن ، ولا يجوز هذا إلا بغبطة ظاهرة عرية عن الغرر ، أو حاجة ماسة على ما سنصف المسائل الآن .

فأما الحاجة : فإذا مسّت حاجة الطفل إلى ما يصرف إلى نفقته ، وكان ماله عقاراً ، فضلاً الولي بالعقار ، ولم يربّيه واستمكّن من استقراض شيء يُتنجزَ<sup>(١)</sup> به ، ولم يُبعِد أن يتّأدي ذلك الدين من ريع الضياعة ، ولكن لا يتمكّن من هذا إلا برهن ذلك العقار ، فهذا جائز ، وظهور المصلحة فيه بين .  
هذا بيان الحاجة .

فاما الغبطة : فإذا رأى الولي شيئاً يباع بآلفٍ نسيئة . وكان يساوي ألفين ، ولكن كان لا يستمر الأمر إلا برهن شيء يساوي ألفاً من مال الطفل ، فالولي يفعل ذلك ؛ فإنّه يتنجز فائدة الطفل ، وليس عليه غرر ؛ فإن الرهن لو تلف وأدى الولي ألفاً ، لم يخسر الطفل شيئاً ؛ فإن المشترى يساوي ألفين . وبمثله لو كان لا يقنع في هذه المعاملة إلا برهن يساوي ألفين ، فلا غبطة ؛ من جهة أن الحيلولة تقع ناجزة بين التصرف للطفل ، وبين الرهن في الحال ، ويجب بذلك ألف في ثمن السلعة ، فإذا بذلك الألف وفرض التلف في الرهن ، فالثمن وقيمة المرهون ثلاثة آلاف ، والحاصل للطفل من المعاملة ألفان .

فإن قيل : العين المرهونة كانت تتلف أيضاً لو بقيت في يد الطفل غير مرهون .  
قلنا : نعم ولكن انتجز من التصرف فيه ، ولو كان التصرف سائغاً لكان ربما يسبق التصرف ، فآل المنع إلى تنجز الحجر وضم الثمن .

قال شيخي أبو محمد لو كان المرهون بحيث لا يتلف في مطرد العادة كقرابح من الأرض ، فهذا فيه احتمال ؛ من جهة أن الزيادة حاصلة في قيمة المبيع ، وتحصيل شـ ١٥٥ الزيادة تنجز ملك له على مقابلة حجر في الحال ، والتسبـ / إلى رفعه بأداء الثمن

(١) يُتنجزَ به : يكفي به . (معجم) .

قريب . وهذا الذي ذكره محتملٌ حسن ؛ فإن الذي حقق الغرر تقدير تلف المرهون أمانة ، كما سبق التصوير فيه .

والذي ذكره شيخنا وإن كان منقاداً ، فهو على خلاف ظاهر المذهب .

هذا تفصيل القول في الارتهان للطفل ، وفي الرهن من ماله .

٣٥٣٣ - وذكر العراقيون وجهاً بعيداً آخرته حتى لا ينتمي في ترتيب المذهب : وذلك أنهم قالوا : ذهب بعض أصحابنا إلى أن بيع مال الطفل نسبيّة فقط لا يجوز ، وإن فرض التوثيق بالرهن ، والتشوف إلى الغبطة الظاهرة ، وإنما يجوز التأجيل في بعض الثمن إذا نقد من الثمن قيمة السلعة ، يعني القيمة التي تشتري بها نقداً ، وذلك إذا كانت السلعة تساوي مائة نقداً ، ومائة وعشرين نسبيّة فباع الولي بمائة وعشرين ، مائة منها نقداً وعشرون نسبيّة وبالعشرين رهن . قال هذا القائل : لا تجوز النسبة إلا كذلك في بعض من الثمن .

وهذا بعيد لا أصل له ، ولا يتضرر هذا عاقل . ثم اشتراط الرهن في الفاضل من القيمة المنقودة خارج عن قياس المعاملات ؛ فإن تيك الزيادة لو لم تحصل ، لم يضع بتعذرها شيء من مال الطفل ، فلا أصل لهذا الوجه . والتعويم على ما رتبناه في الارتهان والرهن .

٣٥٣٤ - ثم قال المعتبرون من أئمة المذهب : تصرف المكاتب في الرهن والبيع بنسبيّة كتصرف الولي للطفل ؛ فإن تصرف المكاتب - إذا لم يشتمل على ترك النظر - مطلقٌ له وأقصى النظر المرعى ما نأمر به الأولياء في حق الطفل .

وذكر العراقيون والشيخ أبو علي وجهاً آخر أن المكاتب لا يبيع نسبيّة ، على الاستقلال ، وهو على كل حال في حقه معدود من التبرعات ، سواء ارتهن أو لم يرتهن . والولي في مال الطفل أبسطُ يدأ من المكاتب وعليه حجر الرق ، فإذا بيعه نسبيّة على هذا الوجه ملحق بتبرعاته . فإن استقل ، لم ينفذ ، وإن استأذن السيد ، فعلى قولين قياساً علىسائر تبرعاته .

ولو رهن المكاتب حيث ينفذ رهن الولي [في مال الطفل ، ففي رهنه من الكلام

ما في بيته نسيئة . فالذى ذهب إليه أهل التحقيق أنه ينفذ رهنه حيث ينفذ رهن الولي [١] .

وفي المسألة وجه آخر حكوه : أن رهنه تبرع ، ولا يخفى حكم تبرعه .

ثم إن قلنا : لا ينفذ الرهن من المكاتب ، ففي نفوذه من العبد المأذون وجهان ؛ من جهة أن الرهن في نفسه حجر ، وليس من عقود التجارة . وهذا يقرب من الاختلاف الذي ذكرناه في أن العبد هل يملك إجارة الرقاب التي يتصرف فيها ؟ ووجه التشبيه أن الإجارة والرهن ليس من عين التجارة ، وهو مأذون له في التجارة .

### فِصْنَاكٌ

قال : « ولو كان لابنه الطفل عليه حق . . . إلى آخره » [٢] .

٣٥٣٥ - ما قدمناه من رهن مال الصبي على شرط الغبطة ، ومن الارتهان له ، يستوي فيه الأب ، والقيم الأجنبي ، والوصي ، فلا خلاف في وجوب التصرفات ووجوبه النظر .

إنما خالف الولي الوصي فيما قدمناه في كتاب البيع من حمل ظاهر تصرف الولي على المصلحة ، وعلى من يدعى خلافها الحجة ، والوصي يطالب بإقامة الحجة على رعاية المصلحة .

وهذا الفصل يختص مضمونه بالأب والجد ، فإذا كان لابنه الطفل عليه دين ، فارتنهن مال نفسه لطفله بالدين الذي للطفل عليه ، جاز هذا . ولو ارتنهن مال الطفل من نفسه حيث يجوز له أن يرهنه من غيره ، فيصح ، ولا يأتي هذا في الوصي والقيم والحاكم ؛ فإن هؤلاء لا يتولون طرف العقد / .

ثم إذا باع الأب من نفسه مال طفله ، أو باع من طفله مال نفسه ، أو رهن منه أو ارتنهن له ، فهل عليه أن يأتي بشقي العقد الإيجاب والقبول ؟ أم يكفيه الإتيان بأحد

(١) ما بين المعقفين ساقط من الأصل .

(٢) ر . المختصر : ٢١٠ / ٢ .

الشرين؟ فعلى وجهين مشهورين : أحدهما - لا بد من أن يقول : رهنت وارتهنت ، وبعت واشترت ، أو بعت ورهنت ، وقبلت ؛ لأن العقد استقلاله بركنيه وبهما كان عقداً .

والثاني - يكتفى بأحد الشرين ، والتعيين إلى اختيار الولي ؛ فإن التواجد تخاطب ، وهذا لا ينتمي من الشخص الواحد ، فيكتفي الإثبات بشق لرسم العقد ، والتنصيص عليه . وإذا اكتفى بعقد واحد لم يبعد الاكتفاء بلفظ واحد .

وإذا باع الأب من طفله أو ابناع من ماله ، ففي ثبوت خيار المجلس خلاف : من أصحابنا من قال : لا يثبت ؛ فإن المجلس منتهاه التفرق وهو بين شخصين .

ومنهم من أثبت خيار المجلس .

ثم اختلف هؤلاء ، فقال بعضهم : ينقطع الخيار بمفارقة مجلس العقد . وقال آخرون : لا ينقطع الخيار إلا أن يختار إلزام العقد ، ويقطع الخيار لفظاً ؛ فإنه في مقام البائع والمشتري ، فمفارقته المجلس كاصطحاب المتعاقدين ومفارقتهما المجلس .

وإذا رهن من طفله أو ارتهن من مال طفله ، فهل يحتاج إلى إجراء قبض ؟ الكلام فيه كالكلام فيما إذا رهن الوديعة عند المودع ، وسيأتي ذلك في فصل ، فإذا استقصيناها ، أعدنا القول في الأب .

### فصل

قال : «إذا قبض الرهن ، لم يكن لصاحبه إخراجه من الرهن... إلى آخره»<sup>(١)</sup> .

٣٥٣٦ - إذا رهن شيئاً وألزم الرهن بالإقباض ، تأكّدت الوثيقة ، ولا فكاك إلا بسقوط الدين إما بالأداء وإما بالإبراء ، أو بفسخ المرتهن الرهن ؛ فإن الرهن جائز في حقه . أما الراهن ، فلا يجد سبيلاً إلى الفكاك ما بقي الدين ، فلو أدى معظم الدين ، لم ينفك من الرهن شيء ، ما بقي من الدين حبة ، أو أقل ، ولا يتوزع الدين على قيمة

المرهون ؟ حتى يقال : إذا أدى بعضاً ، فلَكَ من الرهن بقسطه .

وإذا ثبّتنا حق الحبس للبائع ، فلو أدى المشتري بعض الثمن ، فالذى اختاره الأئمة أنه لا يستحق تسليم شيء من المبيع إليه ما لم يوفِّ الثمن بكماله ، والمُحْبُوس في هذا الحكم بالثمن كالمرهون المُحْبُوس بالدين .

ولو كان لرجل على رجلين دين عن جهة واحدة ، أو جهتين ، فرهنا بما عليهمما عبداً مشتركاً عند مستحق الدين ، وأقضاه إيه ، فإذا أدى أحدهما ما عليه من الدين ، انفك الرهن في حصته ؛ إذ لا تعلق لرهنه نصيبه برهن صاحبه .

ولو وكلا وكيلًا حتى رهن عبدهما المشترك من مستحق الدين ، فإن علم المرتهن صورة الحال ، فالأمر على ما تقدم . ولا يختلف الأمر باتحاد الوكيل .

وقد ذكرنا تردد الأصحاب في اتحاد الوكيل وتعدده في البيع والشراء ، وأن الاعتبار في تعدد الصفة بالوكيل المباشر للعقد أَم بالموكل ، هـذا ذكرناه على الاستقصاء في كتاب البيع في الفصل المشتمل على شراء رجلين عبداً من رجل ، أما الرهن ، فلا أثر فيه للوكيل ، والنظر إلى الموكل ؛ إذ ليس الرهن عقد ضمان حتى ينظر فيه إلى من توراه ، بخلاف البيع .

ولو جرى الرهن والاقتراض من شخص واحد ، ولم يشعر المقرض المرتهن بكون المستقرض الراهن وكيلًا ، ثم تبين أنه وكيل شخصين في الاقتراض والرهن ، فالذهب الأصح في هذه الصورة أن أحد الموكلين إذا أدى الدين ، انفك الرهن في حصته .

ومن أصحابنا من قال : إذا جرى الرهن على ظن أن المتعاطي هو صاحب الأمر ، ش ١٥٦ لم يحصل الانفكاك في شيء ما بقي من الدين / شيء .

وهـذا غريب . ولكن حـكـاه صـاحـبـ التـقـرـيبـ قولـاً وـكـرـرهـ ، في مواضعـ . ومـثـلـ هـذا القـولـ يـشـوـشـ قـاعـدـةـ [ـالـذـهـبـ] ، فـحقـ النـاظـرـ أنـ يـكـفـيـ بـعـرـفـتـهـ ، ولاـ يـعـتـدـهـ منـ أـصـلـ [ـ(ـ)ـ]ـ الـذـهـبـ .

(١) ساقط من الأصل . وكلمة (المذهب) الأولى ساقطة من (ص) ، (ت٢) .

**فِيَّعُ :** ٣٥٣٧- إذا رهن رجل عبداً من رجل بـألف درهم ، ومات الراهن ، وخلف ابنين ؛ فأدّى أحدهما حصته ، وهو خمسمائة ، فهل ينفك الراهن في نصف العبد ؟ ذكر صاحب التقريب قولين<sup>(١)</sup> : أحدهما - ينفك ، كما لو كان الراهن في الابتداء اثنين . وهذا ضعيف لا أصل له . والقول الثاني - أنه لا ينفك من الراهن شيء ما بقي من الدين شيء ، وهذا ما قطع به الإمام والمحققون ؛ فإن الراهن في الابتداء اقتضى وثيقة على وجه ، فلتتم تلك الوثيقة .

وإنما ينقدح القولان في فك تعلق التركة ، فإذا مات رجل وعليه دين متعلق بتركته ، فإذا أدّى أحد الوارثين لحصته ، فانفكاك تعلق الدين بحصته لا يبعد أن يخرج على قولين مبنيين على أن أحدهما لو أفر بالدين ، وأنكر الثاني ، فهل يلزم المقر تأدبة الدين من حصته من التركة ؟ فيه قولان مشهوران ، كما سذكرهما في كتاب الأفارير . فاما وثيقة أثبتها شخص واحد على قضية ، فيبعد أن تزول تلك القضية بموته ، وتعدد ورثته ، ولهذا التفات على موت السيد المكاتب وتخليفه ورثة ، وأداء المكاتب حصة بعضهم . والقول في هذا طويل .

### فِصْلٌ

قال : « ولو أكرى الراهن من صاحبه أو أعاره أياماً ، لم ينفسخ الراهن . . . إلى آخره »<sup>(٢)</sup> .

٣٥٣٨- اختلف الأصحاب في صورة المسألة : فمنهم من قال : صورة المسألة أن يكتري الراهن المرهون من المرتهن ، لأن الإكراء إنما يصح منه ؛ إذ هو المالك والمستحق للتصرف في المنفعة ، فعلى هذا يسمى المرتهن صاحب الراهن بما له من حق الحبس . وقد الرد على أبي حنيفة<sup>(٣)</sup> حيث قال : الراهن والكريء لا يجتمعان .

(١) في (ص) : وجهين . وساقطة من (ت٢) .

(٢) ر . المختصر : ٢١٠/٢ .

(٣) ر . مختصر الطحاوي : ٩٣ ، المبسوط : ١٠٧/٢١ ، مختصر اختلاف العلماء : ٢٩٧/٤ مسألة : ٢٠١٤ .

وإذا أجزنا ، فآخرهما ينقض<sup>(١)</sup> أولهما .

ومن أصحابنا من قال : صورة المسألة أن يكري المرتهن المرهون من الراهن ، ويُقْبِضُه على اعتقاد الإجارة ، فلا شك أن الإجارة فاسدة ؛ فإنها ليست صادرة عن استحقاق ، ولكن الغرض أنَّ المرهون وإن رجع إلى يد الراهن ، فلا يُقْضى بانفاسخ الراهن ، وإن كان العود إلى يده بربما مستحق اليدين ، وهو المرتهن .

ومن أصحابنا من صور إجارة تصح من المرتهن ليتنظم كلامُ الشافعي ، فقال : لو أكرى رجل عبداً من رجل ، ثم إنه رهنه منه ، فالعقدان ثابتان ، والمرتهن يتصرف في المنافع ؛ فإنه مستحقها بالإجارة السابقة . فإذا أجر ذلك العبد من الراهن ففي صحة الإجارة وجهان ، سيأتي ذكرهما في كتاب الإجارة . وسبب الخلاف كون المستأجر مالكاً للرقبة ، فهلهذه صورة الإجارة الصحيحة على وجه . وغيره الفصل أن الراهن لا يبطل برجوع العين إلى يد الراهن .

### فصل

قال : « ولو رهنه وديعة له في يده . . . إلى آخره »<sup>(٢)</sup> .

٣٥٣٩ - إذا أودع رجل عيناً عند رجل ، ثم إن مالك العين رهنتها من المودع ، فالذى نص عليه هاهنا أنه لا بد في القبض من إذن ، ونفسُ عقد الراهن مع ثبوت اليدين<sup>١٥٧</sup> للمرتهن ، لا يكون متضمناً إذناً في القبض / .

ونص على أنه لو وَهَبَ شيئاً وهو في يد المتهم ، صار مقبوضاً من غير إذن جديداً .

ونصه هذا يخالف نصَّه في الراهن ، فاختلت أصحابنا على طريقتين : فمنهم من جعل في المسألة قولين بالنقل والتخرج أحدهما - لا يشترط الإذن في القبض ، لا في الراهن ، ولا في الهبة ؛ نفس العقد إذا صادف اليَدَ من المرتهن والمتهم ، كان

(١) في (ص) ، (ت٢) : يفسخ .

(٢) ر . المختصر : ٢١٠/٢ .

متضمناً إذنًا في القبض . والقول الثاني - وهو القياس أنه لا بد من الإذن في القبض في المسألتين ؛ فإنه لم يجر له تعرض ، واليدُ السابقة كانت يدًا وديعة أو يدًا عن جهة أخرى .

ومن أصحابنا من أقر النصين في الرهن والهبة قرارهما ، وشرط الإذن في القبض في الرهن ، ولم يشترط ذلك في الهبة . وفرق بينهما بالقوة والضعف ، فالهبة مملوكة والرهن مقصوده إثبات اختصاص .

فإن قلنا : لا بد من الإذن ، فالعقد قبل الإذن على الجواز ، وهو رهن غير مقيد بالقبض ، وإذا جرى الإذن ، لم يحصل القبض بمجرد الإذن أيضًا ، حتى يمضي من الرمان ما يتأنى فيه القبض ، وهو زمان يسع الرجوع إلى موضع الوديعة .

وعلة هذا أنا نريد أن نجعل دوام اليد كابتداء القبض بالإذن ، ولا أقل من أن يجري زمنٌ يتصور فيه ابتداء القبض لو أردت ذلك .

وإن جعلنا نفس العقد إذنًا في القبض ، فلا بد وأن يمضي من وقت العقد زمان يسع إمكان إقلاع بتقدير الرجوع إلى المكان الذي به العين . وقد اتفقت الطرق على اعتبار الزمان .

قال الشافعي : « لو كان في المسجد والوديعة في البيت ، لم يكن قبضاً حتى يصير إلى منزله الذي هو فيه »<sup>(١)</sup> .

فإذا ثبت اعتبار مضي الزمان ، فهل يشترط حقيقة الرجوع من القابل ، ومعاينة العين ، فعلى وجهين : أحدهما - لا يشترط ذلك ، بل يكتفى بمضي زمان إمكان الرجوع ؛ فإن الأمر مبني على استدامته ، لا على ابتداء فعل . والذي يليق ثم بالاستدامنة الاكتفاء بزمان الرجوع .

والوجه الثاني - أنه لا بد من الرجوع حتى يصير الدوام مع الثقة بوجود العين بمثابة افتتاح إقلاع . ونصُّ الشافعي دليل عليه ؛ فإنه قال : « لو كان في المسجد والوديعة في البيت ، لم يكن قبضاً حتى يصير إلى منزله » .

(١) ر . المختصر : ٢١٠ / ٢ . وعبارته : « ... حتى يصير إلى منزله وهي فيه ... إلى آخره » .

وذكر بعض أصحابنا وجهاً ثالثاً ، فقال : إن كانت العين مأمونة التلف ، فلا حاجة إلى الرجوع والمعاينة ، وإن كان لا يأمن تلفه ، فلا بد من الرجوع والمعاينة . ثم ما ذكرناه من الأمر يكفي فيه بغلبة الظن ، ولا يشترط اليقين في ذلك .

قال العراقيون : هذا هو المذهب . عنوا مضيَّ الزمان وحَكُوا عن حرملة من أصحابنا : أنا إذا لم نشترط إذناً ، فلا نشترط مضيَّ مدة أيضاً ، ولكن يتم القبض بنفس العقد ولفظه حكماً . فظاهر ما نقلوه عن حرملة سقوط اعتبار الزمان على قولنا : أنا لا نشترط إذناً في القبض . ومقتضى نقلهم أنه يوافق الأصحاب على قول اشتراط الإذن ، ويعتبر مضيَّ الزمان من وقت الإذن .

وقياس مذهب إسقاط اعتبار الزمان بعد الإذن ، كما يسقط اعتباره بعد العقد إذا لم يشترط الإذن .

٣٥٤٠ - ومن تمام التفريع على المذهب المشهور أنا إذا اشترطنا الرجوع إلى مكان العين ، فهل يشترط أن نقلها من مكان إلى مكان ، كما يقع مثله قبضاً وإقباضاً بين ش ١٥٧ اثنين ؟ فعلى وجهين / : أحدهما - لا بد منه ، لثبت صورة القبض . وكأن هذا القائل ليس يقنع بدوام اليد . وهذا ضعيف ؛ فإنه إن كان يشترط إجراء قبض ، فكيف يكون الشخص الواحد قابضاً مقبضاً ؟ وقد ذكرنا ما فيه من مسائل القبض في كتاب البيع .

ثم استكمل التفريع الشيخ أبو علي<sup>(١)</sup> فقال : إذا ثبت أنه لا بد في القبض من انقضاء زمان بعد الإذن ، ولا بد من الإذن ، فابتداء المدة من وقت الإذن ، فلو كان الكلام في مبيع ، فهو قبل انقضاء المدة في ضمان البائع لو تلف ، ولو تلف بعد المدة ، فهو من ضمان المشتري .

وإذا شرطنا الإذن في القبض في الرهن والهبة ؛ فيصح الرجوع عن الإذن قبل انقضاء المدة . ولو انقضت المدة ، ولم نشترط الرجوع إلى عينه ، لم يؤثر رجوعه عن الإذن .

وكل ذلك بين . ولكنني أحببت نقله منصوصاً لإمام .

(١) في (ت ٢) : الشيخ أبو إسحاق .

وتمام بيان الفصل في شيء : وهو أنا إذا جعلنا نفس العقد منهمما إذنًا في القبض ، فهل يملك العاقد الرجوعَ قبل مضي الزمانِ ؟ فعلى وجهين أشار إليهما صاحب التقريب ، وصرح بهما شيخي : أحدهما - أن الرجوع ممكّن ؛ إذ لا قبض بعد . والثاني - لا ؛ فإن القبض صار ضمناً للعقد .

ولعل حرملة قال ما قال عن هذا ، حيث أسقط اعتبار الزمان على قول اشتراط الإذن .

هذا كشف الغطاء في الفصل .

٣٥٤١- ولم نتعرض فيما أجريناه للبيع والقبض فيه ، وهذا أوانُ ذكره . وقد قطع الأئمة [في]<sup>(١)</sup> الطرق أنه لا حاجة إلى إذن في القبض في البيع ، بل إذا باع مالك الوديعة الوديعة من المودع ، ومضي زمان يحتمل الرجوع ، فقد استقر العقد ، وانتقل الضمان .

وفرقوا بين البيع ، والهبة ، والرهن ، بأن قالوا : البيع مقتضاه وجوب الإقباض على الجملة ، فإذا أورده المالك على يد المشتري فقد أوجب له القبض . والقبض لا يستحق فقط على الراهن والواهب ، بل وضع العقددين على وقوف القبض على اختياره . وهذا يتأكد بحصول الملك للمشتري ، فإذا انضم ملكه إلى دوام يده [و]<sup>(٢)</sup> ورد عليه العقد ، تم الأمر .

وعلى هذا ظهر خلاف بين الأصحاب في أن الزمان هل يعتبر بعد جريان العقد ؟ فمنهم من قال : لا حاجة إلى zaman مع تأكيد الحال في اجتماع الملك واليد . ومنهم من قال : لا بد من اعتبار الزمان ، كما ذكرناه في الرهن والهبة .

هذا هو المسلك المشهور للأصحاب .

وذكر الشيخ أبو علي في الشرح وجهاً أن القبض لا يحصل ، ولا يبطل حق البائع في حبس المبيع إذا ثبتنا له حقَّ الحبس ، ما لم يأذن في القبض ، أو يتوفّر عليه الشمن

(١) في الأصل : على .

(٢) ساقطة من الأصل .

من جهة المشتري . وهذا غريب . وإن كان قياسه على قبض الهبة والرهن واضحًا . ثم لو وفر الثمن على هذا الوجه الضعيف أو أذن البائع في القبض ، ففي اعتبار الزمان ما ذكرناه من الخلاف .

والذي ينقدح لنا في هذا : أنا إن لم نحصل القبض حتى يتتوفر الثمن ، فينبغي أن تكون العين في يد المشتري بمثابة المبيع يقبضه قبل توفير الثمن ، حتى لو فرض التلف ، لجرى الأمر فيه كما أوضحتنا في كتاب البيع . وهذا يلتفت على قبض الطعام المشتري مكایلة جزافاً .

ي ١٥٨ هذا متنهى البيان في أطراف / الفصل .

٣٥٤٢ - وقد كنا وعدنا أن نذكر حكم قبض الأب إذا رهن من طفله ، أو ارتهن من مال طفله .

[فنقول : إن ارتهن من مال طفله ، فاليد في مال طفله له ؛ فهو كالموعد ، ولكن الترتيب في المودع يتعلق بإذن المالك ، والمرعي هاهنا قصد الأب . ثم الكلام بعد قصده في الزمان كما مضى .

هذا إذا ارتهن من مال طفله<sup>(١)</sup> .

فأما إذا رهن من الطفل فيرجع إلى أن يقصد إقباضه ، وإقباضه أن يقبض له .

ثم القول في المدة وما يتصل بها كما مضى .

ونجز الفصل على أبلغ وجه في البيان .

### فضلكم

قال : « ولا يكون القبض إلا ما حضره المرتهن أو وكيله . . . إلى آخره »<sup>(٢)</sup> .

٣٥٤٣ - قبض المرهون مما يتطرق للنيابة إليه . فإن قبض المرتهن بنفسه عند إقباض الراهن إياه ، أو عند إذنه له في القبض فذاك . وإن وكل وكيلًا حتى يقبضه له ، صح .

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل .

(٢) ر . المختصر : ٢١٠ / ٢ .

وليكن ذلك الوكيل ممن يصح قبضه ، ولا تكون يده يد الراهن . هذا عقد الفصل .

فلو وكل عبد الراهن ، أو مدبره ، أو أم ولده ، حتى يقبض ، لم يحصل القبض بأيديهم ؛ فإنها بمثابة يد المالك الراهن . ولو وكل مكاتب الراهن ، صح قبضه ، فإن يده مستقلة ، وهو بم محل أن يعامل سيده .

ولو وكل عبد الراهن المأذون في التجارة ، فقد ذكر الشيخ أبو علي ثلاثة أوجه : أحدها - أن قبضه لا يصح . وهو الأصح ؛ فإنه قِنْ لمالكه . والوجه الثاني - أنه يصح لأنفراده بالتصرف والتزام العهد . والوجه الثالث - وهو اختيار الشيخ أنه إن لم يكن مديوناً ، لم يصح قبضه للمرتهن . وإن كان مديوناً ، صح ذلك ؛ فإنه إذا أحاطت به الديون ثبت له أحکاماً لا تثبت قبلها .

قال الشيخ : لو اشتري المأذون شققاً وسيده شريك في الدار ، فإن لم يكن عليه دين ، فلا شفعة للسيد ؛ فإن الشراء وقع له ، فلا فائدة في الشفعة ، وإن كان عليه دين ، فهل ثبت الشفعة للسيد ؟ فعلى وجهين .

وهذا بعيد عندي ؛ من جهة أن الملك يقع له ، ومن يمنعه من أداء الديون ، وتخليص الشخص المسترئ لنفسه ؟ ولعلني أعود إلى هنا في كتاب الشفعة .

ولو وكل المرتهن صبياً بقبضه ، فقبض الصبي باطل ، ولا يلزم الراهن به . وقد ذكرنا طرفاً صالحاً منه في كتاب البيع .

**فِيَّ:** ٣٥٤٤ - ذكر العراقيون نصين عن الشافعي فيه إذا قال الراهن للمرتهن : قد أذنت لك في قبض الراهن ، فلم يقبضه . وقال المرتهن : قد قبضته . قالوا : قال الشافعي في موضع : « القول قول المرتهن » ، وقال في موضع : « القول قول الراهن ». ثم قالوا : ليست المسألة على قولين ، ولكنها على حالين ، فحيث قال : « القول قول المرتهن » ، أراد إذا كان الراهن في يده . وحيث قال : « القول قول الراهن » ، أراد إذا كانت يدُه ثابتة على العين المرهونة .

**فِيَّ:** ٣٥٤٥ - إذا رهن المودع الوديعة عند المودع ، وقلنا : لا بد من الرجوع إلى مكان الوديعة ، فلو وكل وكيلاً حتى يرجع ، ويشاهد ، وينوب عنه ، فهل يصح

التوكيل في ذلك ؟ ألم لا بد من رجوع المرتهن بنفسه ؟ فعلى وجهين : أحدهما - يصح التوكيل فيه ، وهو الأصح ، كالتوكيل في أصل القبض . والثاني - لا يصح ؛ فإنه ليس قبضاً على الحقيقة ، وإنما هو أمر حكمي ، واليد للمودع ، فليكن الرجوع منه .

**٣٥٤٦** فرع متصل بقبض الصبيان ، وما يتلف في أيديهم ، نقله بعض الأثبات من أجوبة القاضي عن مسائل الواقع : سئل عن تلاعب الصبيان بالجوز فقال : إنه قمار ، ش ١٥٨ ولا حرج / على الصبيان لعدم التكليف ، وما يتلف في يد الصبي من جوز صبي فضمانه ثابت في مال الصبي الذي تلف في يده .

فإن كان يلاعبهم بالغ ، مما يتلف في يده من جوز الصبيان مضمون عليه ، وما يتلف في أيدي الصبيان من جوزه ، فلا ضمان ؛ فإنه المفترط بتسلیطهم على جوزه وإثبات أيديهم عليها .

وإذا حصل في يد صبي جوزات صبي ، وعلم بها القيم ، أو الأرب ، ومن يلي بنفسه أو بتولية ، فإذا لم يتزعها ، وجب الضمان على القيمة ، أو الولي للتفریط . وإن علمت به أمّه ، ولم تنتزعها ، فالأصح أنه لا ضمان عليها ؛ تخريجاً على أن الأم ليست ولية ، فسبيلها ولا نظر لها كسبيل الأجنب .

ولا إشكال في شيء مما ذكرناه ، وإنما المستفاد منه التسبيب إلى تخریج مسألة مبنية على أصول هي أقطاب المذهب .

### فضح[١]

قال : « والإقرار بقبض الرهن جائز . . . إلى آخره »<sup>(١)</sup> .

**٣٥٤٧** إذا أقر المالك بالرهن والإقباض ، حكم عليه بموجب إقراره . ولو قامت البيعة على إقراره بالرهن والإقباض ، فقال : قد أشهدت على إقراري [وما أقپست]<sup>(٢)</sup> نُظر : فإن ذكر سبباً لا يستنكر وقوع مثله ، مثل أن يقول : ظنت أنني

(١) ر . المختصر : ٢١٠ / ٢ .

(٢) في الأصل : « وما قبضت » والمثبت من (ت ٢) ، (ص) .

[أقبضت<sup>(١)</sup>] ، فأقررت على موجب ظني ، ثم تبيّنت خلاف ذلك ، أو قال : اعتمد كتاب وكيل لي ، ثم تبيّنت أنه مزور ، أو قال : ظنت أن الإقباض بالقول صحيح ، فبنيت إقراري عليه ، أو قدمت الإشهاد على الصك والعرف جاري بمثله . فلهذه جهات غير منكرة . فإذا أدعى شيئاً منها ، واقتصر على دعواه هذه ، لم يلتفت إليه ، وقد جرى القضاء بالإقرار .

وإن قال : حلفوا المرتهن أنه قبض ، فله تحليفه . ثم لا يخفى طريق فصل الخصومة عند عرض اليمين وفرض الحلف أو النكول . وإنما جوزنا تحليفه ؛ لأن ما قاله ممكّن ، والمدعي يكتفي في ثبوت دعواه بإمكانها . وكيفما فرض الأمر ، فغايته أن يُسعَف بتحلیف خصمه .

ولو أنه أقر بالإقباض ، ثم قال : كذبت فيما قلت . ولم يذكر جهة يستند إليها صدار إقراره ودعواه التي يدعى بها ، فالذى قطع به المراوزة أنه لا يقبل منه على هذه الصيغة ، ولا يملك تحليفَ خصمه وهذه صيغة لفظه .

وذكر العراقيون هذه المسألة : وهي إذا كذب نفسه صريحاً في إقراره السابق ، وقالوا : ما صار إليه معظم الأصحاب أن له أن يحلف خصمه ، ويحمل تكذيبه نفسه على جهة من الجهات التي ذكرناها ، لا على الكذب الصريح ؛ فإن هذا ممكّن . وقد ذكرنا أن الدعوى لا تعتمد إلا بالإمكان . وهذا متحقق في التكذيب .

قالوا : قال أبو إسحاق المروزي : ليس له في هذه الصورة أن يُحلف ، وهذا الذي قطع به المراوزة . وكان شيخي أبو محمد يحكى عن شيخه القفال أن ما ذكره من ملك الدعوى والتحلّيف فيه إذا ثبت الإقرار في مجلس القاضي بالبينة . فأما إذا أدعى الشخص الرهن والإقباض ، فاعترف في مجلس القضاء ، ثم أراد أن يذكر لإقراره محملاً ويحلف خصمه عند ذلك القاضي ، لم يكن له ذلك .

وهذا تخيل عندي ، فإننا إذا كنا نعتمد الإمكان ، فينبغي أن يكتفى به . نعم إن اتحد المجلس ، فقد يتوجه أن يجعل هذا بمثابة تكذيبه نفسه ، وإن قام من ذلك

(١) في الأصل : « قبضت » والمثبت من ( ت ٢ ) ، ( ص ) .

ي ١٥٩ المجلس / وعاد وأبدى عذراً ، فيتجه تنزيل هذا متزلاً ما لو أبدى عذراً في مخالفة الشهود .

وإن أقام الفقيه لما يجري في مجلس القضاء مزية ، واعتضد فيه بأمرٍ يتعلق بخرم أبهة القضاء والغض من مجالس القضاة ، وذلك أن الرجل إذا أقر بين يدي القاضي ، ثم قال على الفور : كذبت أو أخطأت ، فحلف خصمي ، فهوذا مما لا يعتمد مثله . ولو فرض ، لم نشك أن القضاة الأولين كانوا لا يسعفون بالتحليف ، بل [ربما]<sup>(١)</sup> كانوا يرون ذلك لو وقع من مظان التأديب والتعزير . وكل هذان والمذكور إقرار .

فأما إذا شهد عدلان على فعل الإقباض ، فقال المشهود عليه للقاضي : حلف خصمي ، لم يجب إلى ذلك ؛ فإنه كذب الشهود ، وليس كذلك إذا شهدوا على الإقرار ، فإنه في طلب التحليف ليس يكذب الشهود وإنما يجمع بين تقدير ذلك الإقرار وبين وجه ممكن .

وهذا معترضٌ في هذا الباب ، واستقصاء أصله وتفصيله في كتاب الدعاوى .

### فِصْنَاهُ

قال : « والقبض في العبد والثوب . . . إلى آخره »<sup>(٢)</sup> .

٣٥٤٨ - أراد الشافعي أن يتكلم في طرف من كيفية القبض . وقد مضى استقصاء هذا في البيع ، وبيتنا ثم ما يكون قبضاً في المنقول ، وما يكون قبضاً في العقار . والذي يقع الاكتفاء به هنا أن ما يكون قبضاً ناقلاً للضمان في البيع ، فهو قبض في الرهن ؛ فإن صور القبض لا تختلف باختلاف المقاصد .

قال القاضي : ذكرنا قولًا في كتاب البيع في أن التخلية في المنقولات هل تكون قبضاً أم لا بد من النقل ؟ وهذا لا يخرج في الرهن والهبة ؛ من جهة أن خروجه اتجه في البيع بكون القبض مستحقاً فيه ، فإذا ارتفع حجر البائع - وهو مستحق الحبس -

(١) ساقطة من الأصل . وأثبتناها من (ت٢) ، (ص) .

(٢) ر . المختصر : ٢١٠ / ٢ .

بالتخلية ، وانضم إليه ملك المشتري واستحقاقه القبض ، لم يبعد أن تكون التخلية كافية . وهذا المعنى لا يتحقق في الرهن والهبة ؛ فإن القبض غير مستحق فيها . وهذا الذي ذكره حسن . ولكن صرح الأصحاب بذكر قول التخلية في الهبة والرهن ؟ مصيرًا إلى أن القبض صورٌ ، فلا تختلف باختلاف المحال .

### فِصَاعِدٌ

قال : « ولو كان في يد المرتهن بخصب . . . إلى آخره »<sup>(١)</sup> .

٣٥٤٩ - مالك العين إذا صادفها مغصوبة ، فرها عن الغاصب ، فالرهن صحيح ، والذي ذهب إليه معظم الأصحاب أن القول في حصول القبض بنفس الرهن كالقول فيه إذا رهن المودع عند المودع بلا اختلاف .

وذهب بعض أصحابنا إلى أن القول الذي يخرج في المودع : في أن نفس الرهن يتضمن الإقباض لا يخرج هاهنا ؛ فإن يد المودع صدرت عن حكم المالك ، فإذا صادفها الرهن ، كان دوام اليد بمثابة ابتدائها في قولٍ . وهذا لا يتحقق في يد الغاصب .

وهذا تخيل . والأصح ما عليه الجمهور .

ثم إذا حكمنا بتمام الرهن على التفاصيل المقدمة ، أو صرح الراهن بالإذن في الإمساك عن جهة الرهن ، فمذهب الشافعي أن ضمان الغصب لا يزول بهذا ، فتكون العين مرهونةً في يد الغاصب مضمونة عليه بحكم الغصب ، وبناء المذهب على أن الضمان يثبت بيد الغاصب ، فلا يزول ما لم تزل يد الغاصب إلى المالك ، أو يزول ملك المالك إلى الغاصب .

وقنع بعض أصحابنا بأن أطلقوا إمكان اجتماع الرهن والغصب إذا فرض طريان العداون . وهذا غير سليم ؛ فإن طريان العداون سببه / إحداث المرتهن ما لم يكن له ١٥٩ أن يحده ، وليس يشبه هذا إذن المالك للغاصب في الإمساك . ومن لا يستشعر

(١) ر . المختصر : ٢١٠ / ٢

غموض هذه المسألة فليس من [الفقه]<sup>(١)</sup> في شيء؛ فإن ضمان الغصب سببه عدوان الغاصب . وقد انقطع العدوان بالإذن في جهة غير مضمونة .

ولو أودع العين المغصوبة عند الغاصب ، فقد ظهر اختلاف الأصحاب في انقطاع ضمان الغصب ، فمنهم من قال : لا ينقطع ما لم تبدل اليه . ومنهم من قال : يزول ضمان الغصب ؛ فإن الائتمان مقصود في الإيداع ، وليس الائتمان مقصوداً في الرهن ، بل مقصوده التوثيق . ثم الأمانة من وجبه ومقتضاه .

٣٥٥- ولو أجر المالك العين المغصوبة من الغاصب ، والعين المستأجرة أمانة في يد المستأجر ، فهل يقضى بأن المغصوب ينقلب أمانة في يد الغاصب بالإجارة ؟ فعلى وجهين مرتبين على الوجهين في الإيداع . والإجارة أولى بأن لا تسقط ضمان الغصب ؛ لأن الائتمان ليس مقصوداً فيها .

ولو وكل المالكُ الغاصبَ بالبيع فإن استحفظه في الحال موعداً ، ثم أذن له في البيع إذا وجد طالباً ، فالاستحفاظ إيداع ، وقد مضى الكلام فيه . وإن لم يجر استحفاظ ، فالوكالة المطلقة في البيع نازلة الإجارة ؛ لأن الائتمان غير مقصود فيها ، بخلاف الإيداع ؛ وكانت الوكالة من هذه الوجوه كالملاحة .

ويجوز أن يقال : الوكالة المطلقة أولى بأن لا تُبطل ضمان الغصب ؛ من قبل أن الإجارة في ضمنها تسلیط القبض والإمساك ، والتوكيل في البيع ليس كذلك ، فيتجه ترتيب الوكالة المطلقة على الإجارة .

فإن قيل : اعتمدتم في ترتيب المذهب أن الأمانة ليس مقصوداً في الإجارة ، وإن كانت الأمانة من حكمها ، فهلا نزلتم الرهن نازلة الإجارة ؛ فإن الرهن في وضعه لا يقتضي ضماناً كالملاحة ؟

قلنا : نود لو كان كذلك ، ولكن لم نطلع في هذا على خلاف للأصحاب معتبر ، والاعتبار بما يجريه أئمة النظر في مسائل الخلاف ، فإذا كان لا يستند إلى أصل في المذهب من طريق النقل .

(١) في الأصل : المسألة .

والذى ينتظم في محاولة الفرق بين الرهن والإجارة أن بناء بقاء الضمان على أنه حكم ثابت باليد ؛ فلا يزول مع دوام اليد والملك . والإيداع خرج على الخلاف ، والظاهر أنه يقطع الضمان ؛ لأن يد المودع مقصورة على غرض المالك وحظه ، فنزل الإيداع منزلة الرد .

ويد المستأجر (مستأجرة) <sup>(١)</sup> من يد المودع ؛ من حيث إن الحظ فيها ليس للمالك على التمثيل ، ولكن الحظ مشترك ، فحظ المستأجر استيفاء المنفعة ، وحظ المالك تقرير عوض المنفعة ، فاقتضى ذلك فرقاً ظاهراً بين يد المستأجر ويد المودع . فاما يد الرهن ، فلا حظ فيها للمالك أصلاً ، وإنما الحظ كله للمرتهن .

وإذا كان كذلك لم تنزل يد المرتهن منزلة الرد على المالك .

فإن قيل : إذا كان الحظ للمرتهن ، فهلا جعلتم يده يد ضمان كيد المستعير ؟ قلنا : إنما كان ذلك لأن المقصود من الرهن الوثيقة ، والتعرض لغير الضمان لا يطابق الوثيقة .

فإن قالوا : نفي <sup>(٢)</sup> الضمان إذا <sup>(٣)</sup> مقتضى الرهن ، فاجعلوا الأمر كذلك ، فأسقطوا ضمان الغصب أو لا تصححوا <sup>(٤)</sup> يد الراهن .

قلنا : ذلك لأننا لا نرى الأيدي الطارئة على الغصب منقسمة ، ويد المرتهن لو لم يسبقهها عدوان لا تقتضي ضماناً ، ولكنها لا تقوى على إزالة ضمان . وهذا في نهاية الإشكال . وهو من فنون الاحتيال التي نكرهها / من أصحاب أبي حنيفة في مدافعت ١٦٠ ي الكليات الجلية .

والأصل الذي يتذرره الفقيه المنصف أن يزول الضمان عند انقطاع <sup>(٥)</sup> العدوان .

(١) (ص) ، (ت ٢) : مستأجرة . وفي الأصل هكذا (مساحرة) بدون نقط . ولعلها مستأخراة (بالباء) ، فالكلام في ترتيب المسألة .

(٢) في (ت ٢) : بقى .

(٣) في (ص) : إذا من مقتضي .

(٤) في (ت ٢) ، (ص) : فصححوا .

(٥) بعد أن قرر الإمام نص الشافعي ، وأقام المذهب عليه ، وأرسى قاعدته ، عاد فأكمل ما يراه قائلاً : إن الضمان يزول عند انقطاع العدوان .

فهذا متنه الإمكان . ومعتمد المذهب النقل .

٣٥٥١ - وما يتعلّق بأطراف المسألة أن المالك إذا قال للغاصب : أبرأتك عن ضمان الغصب ، ففيه وجهان : أحدهما - أنه لا يبرأ . والثاني - أنه يبرأ ؛ وتصير يده يدَّ أمانة ، والوجهان مأخوذان من الأصل المشهور في أن ما لم يجب وُجد سبب وجوبه هل يصح الإبراء منه ؟ وفيه قولان . وبيان ذلك أن القيمة إنما تجب على الغاصب ، فإذا فاتت العين ، وامتنع ردّها ، والغصب سبب ناجز لاقتضاء هذا الضمان ، عند تعذر الرد .

٣٥٥١ / م - ثم ذكر الشيخ أبو علي للرهن المغصوب ترتيباً ، هو تتمة الكلام ، فقال : إذا رهن المالك المغصوب من الغاصب ، وأذن في القبض ، وتم القبض كما فعلناه فيما تقدّم ، فقد انبرم الرهن ، حتى لو أراد الراهن الفسخ ، لم يجد إليه سبيلاً . ولو أراد المرتهن أن يزول عنه ضمان الغصب ، فليرد العين إلى الراهن ، فيخرج عن ضمان الغصب ، ولا ينقطع حقه من الوثيقة . ثم إنه كما رده على المالك يملك استرداده . ويخرج من ذلك أن له أن يجبر الراهن على قبض الرهن ؛ ليزول عنه الضمان ، وليس للراهن أن يمتنع من ذلك . ثم ما قبضه يلزمـه أن يرده على المرتهن ؛ لأن الرد لازم .

وجرى في أثناء كلام الشيخ ما يدل على أن للراهن أن يسترد العين المغصوبة ، ثم يردها ، حتى إذا امتنع المرتهن من ذلك أجبر على الرد ، ثم يرد عليه .  
هذا ما أجراه .

والقياس عندي أن الراهن لا يملك هذا ؛ فإنه أثبت للمرتهن يداً لازمة ، ونحن إنما جوزنا للمرتهن أن يجبر الراهن على استرداد العين ، ليحصل غرضه في الخروج عن الضمان ، وهذا لا يتحقق في جانب الراهن ؛ فإنه لا غرض له في تبرئة ذمة المرتهن عن عهدة الضمان . وقد صرّح القاضي بهذا في «الأسرار»<sup>(١)</sup> ، والمسألة ظاهرة .

(١) اسم كتاب للقاضي . مخطوط طالعنـه ، وانتقـينا منه .

**فِرْعَاغُ :** ٣٥٥٢- العارية مضمونة في يد المستعير ، ولو رهن العين العارية من المستعير ، وأذن له في قبضه عن الرهن ، فهل يزول ضمان العارية ؟ فعلى وجهين : ذكرهما صاحب التقريب : أحدهما - لا يزول ، كما لا يزول ضمان الغصب . والثاني - يزول ؛ فإن ضمان العارية أخف من ضمان الغصب ، وهذا التفات منه على الخلاف المشهور في أن العارية هل تضمن ضمان الغصب ؟

وأنا أقول : المرتهن مراعٍ حظًّا نفسه وعلة الضمان في حق المستعير أنه قابض لحظ نفسه من غير استحقاق . فلما ثبت الاستحقاق في حق المرتهن ، وانطبق هذا على الإذن ، ظهر فيه زوال الضمان ، وليس كذلك ضمان الغصب .

ولست أذكر هذا عن اعتقاد ؛ فإن مضادة الرهن للعدوان أوقع مما تكلفناه في الرهن والعارية .

### فِرْعَاغُ

قال : « ولو رهنه دارين ، فقبض إحداهما . . . إلى آخره »<sup>(١)</sup> .

٣٥٥٣- إذا رهن عبدين أو دارين بدين ، وأقبض إحداهما دون الأخرى ، فالتي جرى القبض فيها مرهونة بجميع الدين عندنا ، خلافاً لأبي حنيفة<sup>(٢)</sup> .

ومعوّل المذهب أن الدين لا يتعلّق بالمرهون تعلّق التقسيط ، بل كل جزء من الرهن مرهون بكل الدين ، ولا خلاف أنه لو تلف أحدهما في يد الراهن ، وأقبض الثاني ، كان مرهوناً بالجميع .

وإذا باع الرجل عبدين بمبلغ من الثمن ، ثم انفسخ البيع في أحدهما ، لم يكن الباقى في مقابلة جميع الثمن ؛ لأن انفساخ العقد في الموضع يوجب انفساخه في الموضع الذى / يقابلها ، ومساق هذا يتضمن سقوط مقدار من الثمن ، فكيف يتخيل ١٦٠ ش والحالة هذه أن يكون الباقى محبوساً بجميع الثمن ، وقد تحقق سقوط قسط من

(١) ر . المختصر : ٢١٠ / ٢ .

(٢) ر . المبسوط : ٦٩ / ٢١ ، ٧٠ ، البدائع : ١٣٨ / ٦ .

الثمن . وليس الدين عوضاً للرهن حتى يفرض بانفساخ الرهن في بعض المرهون سقوط بعض الدين .

وقد ذهب الأئمة المعتبرون إلى أن من باع مقداراً من المكيل بثمن معلوم ، وتوفر عليه معظم الثمن ، والتفريع على أن حق الحبس ثابت للبائع ، فلا يلزم تسليم شيء ما بقي من الثمن شيء . فلما كان الثمن باقياً ، جرى حبس المبيع على قياس حبس الرهن ، وأآل افتراق البابين إلى سقوط بعض العوض في البيع عند فوات بعض المبيع . وهذا لا يتصور في الدين بالإضافة إلى الرهن .

وقد ذهب بعض أصحابنا إلى أن توفير بعض الثمن يوجب على البائع تسليم مقداره من المثمن ، إذا كان المبيع قابلاً للقسمة . وهلذا رديء غير معتمد به ، والأصل ما قدمناه .

وهلذا الوجه ليس بأبعد في القياس عن قول مشهور في الحكاية في تفريع تفريع الصفقة : وهو أن كل الثمن يبقى وإن انفسخ العقد في معظم الثمن ، ورب وجه منقاصٍ لا أعده من المذهب ؛ إذ لم يشتهر نقله ، وأعد قوله أضعف منه لاشتهار النقل فيه .

٣٥٥٤- ثم ذكر الشافعي أن من ارتهن داراً وقبضها ، وانهدمت في يده ، فالرهن باقي على الساحة ، والنقض المنهم رهنٌ ؛ فإنَّ تغيير صفة المرهون لا يخرجه عن كونه رهناً . وهلذا مستبين .

### فصل

قال : « ولو رهن جارية... إلى آخره »<sup>(١)</sup> .

٣٥٥٥- هذا الفصل يقتضي تأخير ما قدمه الشافعي ، وتقديم ما أخره ، فنبأ باستقصاء القول في إعتاق الراهن العبد المرهون ، واستيلاده الجارية المرهونة ، حتى إذا استوفينا أطراف الكلام ، انعطفنا حيثئذ على صدر الفصل .

فإذا رهن الرجل عبداً وسلمه ، وانبرم الرهن فيه ، ثم أعتقه من غير إذن المرتهن ،

(١) ر . المختصر : ٢١١/٢

ففي نفوذ عتقه أقوال : أحدها - أنه ينفذ لوروده على الملك الثابت للمعتقة ، وكون المعتقة من أهل العتق ، ومبني العتق على النفوذ .

والقول الثاني - أنه لا ينفذ العتق ؛ فإن الرهن يتضمن حجراً لازماً على الراهن ، فلو سلطناه على الإعتاق ، لكان مناقضاً للحجر المحكم بلزمته .

والقول الثالث - أنا نفصل بين كون الراهن موسراً ، وبين أن يكون معسراً ، فإن كان موسراً ، نفذ عتقه ، وغريم قيمة العبد المرتهن ليكون رهناً . وإن كان معسراً لا ينفذ عتقه أصلاً .

وهذا القائل يشبه جريان العتق وسريانه إلى حق المرتهن بمثابة سريان عتق أحد الشركين إلى نصيب صاحبه من العبد المشترك . وقد تحقق أنا نفصل في عتق الشريك بين الموسر والمعسر .

ثم قال العراقيون : إذا فرعنا على قول التفصيل ، فلو كان الراهن موسراً وأعتق ، فكيف الترتيب في نفوذ عتقه ؟

قالوا : اختلف أصحابنا : فمنهم من قال : يخرج في وقت نفوذ عتقه ثلاثة أقوال : أحدها - أنه يتوجه نفوذ العتق ، وبعده يتوجه الغرم ، كما نفصله .

والثاني - نفوذ العتق يقع مع غرامه القيمة للمرتهن .

والثالث - أن الأمر موقوف .

وهذا القائل يجري هذه الأقوال المشهورة في وقت نفوذ عتق الشريك سرياناً إلى نصيب الشريك . هذه طريقة / .

١٦١

قالوا : ومن أصحابنا من قطع بأن العتق ينفذ عاجلاً قولاً واحداً ، وليس على قياس سريان العتق إلى ملك الشريك . والسبب فيه أن عتق الراهن صادف ملكه ، والعتق الذي نُسّرِّيه في العبد المشترك ينفذ في ملك الغير ، فيجوز أن يتوقف انتقال الملك فيه إلى المعتق على تقرير ملك الشريك على العوض ، وإنما يستقر الملك على عوض التلف إذا بُذل ، وثبتت يد المتألف عليه على ذلك العوض .

وهذا القائل يقول : لو كان عتق الراهن على قياس سريان العتق ، لقطعنا بالفرق

بين الموسر والمعسر . ولا قطع ، بل الأصح أن لا فرق .

**التفريع : ٣٥٥٦** - إن حكمنا بأن العتق ينفذ ، فعلى الراهن أن يغرم القيمة للمرتهن ، والاعتبار بقيمة ساعة الإعتاق ؛ فإنها ساعة الإتلاف .

ثم إذا بذل القيمة وسلّمها ، لم يشترط عقد رهن فيها ، بل نفس التسلیم إلى المرتهن على قصد الغرم يجعل المسلم رهناً ، ولا شك أنه لا يتم ذلك ما لم يقصد الراهن المعتقد التسلیم عن جهة الغرم . وهذا جار في كل مال يلزم الذمة ، ثم يسلّمه ملتزمٌ . حتى لو سلم ، ثم قال : قصدت الإيداع عندك ، فالقول قوله ، ويقع المقبوض وديعة .

**٣٥٥٧** - وإن قلنا : لا ينفذ العتق ، فيبقى الراهن ، فإن مست الحاجة إلى بيعه في الدين ، بعناء . ثم إذا بيع ، فلو عاد إلى الراهن المعتقد يوماً بعد زوال ملكه ، فلا ينفذ عتقه الآن ، وإن زالت المواتع .

وإن انفك الراهن ، ولم يزل ملك الراهن عنه بأن يفك المرتهن الراهن ، أو بأن ينفك بأداءٍ أو إبراء ، فهل ينفذ العتق الآن ؟ فعلى وجهين : أقيسهما - أنه لا ينفذ ؛ فإنه وجه على العبد منجزاً ، فرأينا ردّه ، وللهفظ إذا رد وأبطل حكمه ، لم يبق له بعد بطلان أثره حكم .

وسيكون لنا إلى هذا الفصل عودة من وجه آخر ، وعندئ ذوقنا نفصل الأمر ، ونبين الحقيقة المطلوبة .

**٣٥٥٨** - ولو علق الراهن عتق العبد المرهون ، نظر : فإن علق عتقه على انفكاك الراهن [فانفك الراهن ، نفذ العتق المعلق ؛ لأن التعليق لا يزاحم حق المرتهن .

إذا نفذنا العتق بعد انفكاك الراهن ،<sup>(١)</sup> لم يكن نفوذ العتق وارداً على حق المرتهن . وليس تعليق العتق على ما وصفناه بمثابة تقديم تعليق العتق على حصول الملك .

ولو علق عتق العبد المرهون بصفة قد توجد قبل انفكاك الراهن ، فنقول : إن وجدت في استمرار الراهن ، فالعقد مردود تفريعاً على رد تنحيز العتق ؛ فإن التعليق

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل .

والصفة اجتمعا في دوام لزوم الرهن ، وكانا كتنجيز العتق ، ولو وُجدت تلك الصفة بعد انفكاك الرهن ، ففي المسألة خلاف ، والأصح التفوذ إذا كان لا يفضي الحكم بالتفوذ إلى إبطال حق المرتهن .

ومن أصحابنا من قال : لا يصح التعليق أصلاً ، كما لا يصح التنجيز . وهذا يقرب من خلاف الأصحاب فيه إذا قال العبد لزوجته : إن دخلت الدار ، فأنت طالق ثلاثة . ثم عَتَقَ العبد ، فدخلت الدار ، ففي وقوع الطلقة الثالثة خلاف . وبين القاعدين فرق ؛ فإن العبد لو قال لزوجته : إن عَتَقْتُ ، فأنت طالق ثلاثة ، جرى الخلاف في هذه الصورة .

ولو قال الراهن : إذا انفك الرهن ، فهذا العبد حر ، نفذ العتق بعد انفكاكه . والفارق أن الطلقة ليست مملوكة للعبد ، ومحل العتق مملوك للراهن . وسبب امتناع العتق حق المرتهن ؛ إذ لو أَذِنَ ، نفذ العتق . فهذا ما أردناه .

٣٥٥٩- ولو علق / عتق عبده بصفة ، ثم رهنه ، فوجدت الصفة بعد لزوم الرهن ، ١٦١ ش فيه اختلاف مشهور . وللمسألة نظائر ، يجمعها أن الاعتبار بحالة التعليق ، أو بحالة وجود الصفة . وعليه يخرج خلاف الأصحاب في أن الصحيح إذا علق عتق عبد بصفة ، ثم مرض مرض الموت ، ووجدت الصفة ، فالعتق من رأس المال ، أو هو محسوب من الثالث ؟ فيه خلاف مشهور . وسيأتي أصل ذلك وفرعه في كتاب الوصايا ، إن شاء الله تعالى .

٣٥٦٠- وما يتفرع على العتق أن الرجل إذا رهن نصفاً من عبد مملوك له ، واستبقى منه نصفاً ، فالرهن صحيح . فلو أعتق النصف الذي لم يرهنه ، نفذ العتق فيه . وفي سريان العتق إلى النصف المرهون على القول الذي نفع عليه وجهان : أصحهما - التفوذ ؛ فإن العتق إذا كان يسري من الملك إلى [ملك الغير]<sup>(١)</sup> ، فلأن يسري إلى محل حق<sup>(٢)</sup> الغير أولى .

(١) في الأصل و(ت٢) : إلى الملك . والمثبت من (ص) .

(٢) (ص) : ... إلى ملكه أولى ، (ت٢) : إلى محل الغير أولى .

والوجه الثاني - أنه لا يسري ؛ لأن العبد بجملته مملوك للراهن ، فلا يحمل عتقه على مذهب السريان ، بل إن نفذ التجز ، فذاك . وإلا فلا نفوذ . وهذا يعتمد بأن الراهن هو الذي حجر على نفسه ، فليس له التسبب إلى مناقضة الحجر . ولا يلزم عليه ما لو باع النصف من عبده ؛ فإن ذاك ليس حجرا ، إنما هو خروج منه في المبيع عن رتبة الملاك . ولو نفذنا سريان عتقه على الأصح ، فإن وجه العتق على المرهون قصدا ، وقال : أعتقدت ما رهنت من هذا العبد ، فالوجه القطع برد عتقه ، إذا كان التفريع على الرد .

ثم قال المحققون : إذارأينا تنفيذ سريان العتق في صورة الوجهين ، فنقطع بالفصل بين الموسر والمعسر ؛ فإن سبب نفوذ هذا قياسُ السراية ، وقياس السراية في مذهب الشافعي يقتضي الفصلَ بين الموسر والمعسر ، كما سيأتي في كتاب العتق .

وأما إعتاق المشتري العبد في يد البائع على قولنا بثبوت حق الاتساع ، فقد مضى مفصلاً . ولا شك أن عتق المشتري أولى بالنفوذ من عتق الراهن ؛ فإن حق الاتساع في المبيع لم يثبت بعقدٍ مقصود في إثبات الحجر ، والرهن عقد متضمنه حجر مقصود على المالك .

هذا كله بيان القول في إعتاق الراهن .

### ٣٥٦١- ونحن نبتدئ بعد ذلك التفصيل في استيلاده .

فنقول : إذا أق卜ض الجارية المرهونة - إن صحتنا رهن الجواري ، كما سيأتي ، وهو الأصح - فإذا استولدها الراهن بعد انبرام الراهن : أما الولد فلا شك في انعقاده حرا ؛ فإنه لا حق للمرتهن في ولد المرهونة رقيقاً فرض أو حرا ، ولا يغرم قيمة الولد ؛ لما ذكرناه من انقطاع حق المرتهن عن الولد ، والمهر لاريب في أنه لا يلزم ؛ فإنه عوض منافع البعض ، ولا حق للمرتهن في المنافع .

والكلام وراء ذلك في ثبوت الاستيلاد .

### ٣٥٦٢- وقد خرج الأئمة نفوذ الاستيلاد على الأقوال المتقدمة في نفوذ العتق ، ثم رأوا أن يرتبوا الاستيلاد ، و يجعلوه أولى بالنفوذ ؛ من قبل أنه فعل ، والأفعال بعيدة

عن / الرد ، والأقوال عرضاً للإفساد والتصحيح ، والفسخ بعد النفوذ ؛ ولذلك ينفذ ١٦٢ في الاستيلاد ممن هو محجور عليه في تصرفاته ، كالسفيه والمجنون ، واستيلاد المريض جاريته نافذ ، والعتق يحسب من رأس المال ، وهو بمثابة الاستهلاك الحسي .

فإن حكمنا بأن الاستيلاد ينفذ ، فيفسخ الرهن ، وعلى الراهن قيمة الجارية معتبرة بوقت العلوق ، ففيه حصل الاستيلاد ، والخروج عن الرق المطلق . وقد مضى القول في القيمة .

٣٥٦٣- وإن قلنا : لا ينفذ الاستيلاد ، فالجارية مرهونة كما كانت ، فإن حل الحق وهي حامل ، فالذى أطلقه الأئمة قطع القول بأنه يمتنع بيعها ؛ لمكان اشتتمال رحمها على الولد الحر ، وزعموا أن مطلق البيع لا يقتصر عن الولد ، وتناوله للجنين الحر محال .

وقد قدمت في هذا خلافاً في كتاب البيع ، ونزلته منزلة ما لو باع الرجل جارية حاملاً بولده مملوك ، واستثنى حملها ، ولا فرق بين أن يقع الاستثناء شرطاً ، وبين أن يقع استثناؤه شرعاً . ولكن المذهب الممنوع كما ذكره الأصحاب ، وإن كان تجويف البيع منقاداً .

ولو ولدت المرهونة وماتت في الطلاق ، فالذى صار إليه جماهير الأصحاب أن الراهن يتلزم قيمة الجارية للمرتهن ، فيضُعُها مرهونة ، كما لو قتل الجارية المرهونة . والسبب فيه أن الطلاق مترب على العلوق ، وهو مترب على وطء الراهن ، والضمان يناط بالأسباب تارة ، وبالمبشرات أخرى .

وفي بعض التصانيف أن ضمان القيمة لا يجب ؛ من جهة أن إحالة التلف على العلوق فيه بعد ، وقد تفرض أسباب جبليّة ، هي التي جرت الطلاق الشديد .

ولا خير في هذا الوجه ، فلا تعتبروا به ، والتفریع على وجوب الضمان ، كما ذكرناه .

٣٥٦٤- فلو وطء جارية إنسان بشبهة ، فولدت ، فماتت في الطلاق ، التزم قيمتها ، تفريعاً على الأصح .

ولو وطء حرة بشبهة ، وأعلقها ، فماتت من الطلق ، ففي وجوب الديمة وجهان : أحدهما - أنها تلزم اعتباراً بالأمة ؛ فإن التسبب حاصل ، كما تقدم . والثاني - لا تلزم الديمة ؛ فإن الأمة يتصور الاستيلاء عليها ، فيصير الوطء في حكم الاستيلاء<sup>(١)</sup> فيها أولاً ، ثم العلوق ثُرّ باقي من الاستيلاء<sup>(٢)</sup> السابق ، كالسرaya تستند إلى الجراحة ، وكالصيد ينفرّه المحرم ، فيبقى نثاره إلى العثار ، والموت ، والحرة لا يتصور الاستيلاء عليها ، أولاً ، وليس الوطء في نفسه سبباً قوياً .

وهذا وإن كان مشهوراً ، وقد قطع به طوائف من أصحاب المذهب<sup>(٣)</sup> ، فالقياس الأول ؛ فإن طريق الضمان التسبب إلى الإنلاف . وهذا لا يختلف بالحرية والرق ، بمثابة احتفار البئر في محل العدوان ، وغيره من أسباب الضمان .

ولوزنا بامرأة فعلقت منه ، وطُلقت ، وماتت ، فالذى ذكره الأصحاب أن الضمان لا يجب<sup>(٤)</sup> ، وإن فرض ذلك في الأمة . وكذلك إن قدرت [مضبوطة]<sup>(٥)</sup> غير ممكّنة ، والسبب فيه أن الطلق مترب على العلوق ، والولد المتسبب إلى الواطئ يُسبّب الطلق ، وولد الزنا لا انتساب له ، وليس العلوق من هذا الشخص المعين معلوماً ؛ حتى يحمل هذا على جنائية متحققة . ولو لا حكم الشرع بانتساب الأولاد إلى الآباء ، لما وثقنا بكون ولد من رجل .

وإذا علقت امرأة الرجل منه ، وماتت في الطلق ، فلا ضمان من قبل أن العلوق

(١) في (ص) ، (ت٢) : الاستيلاد .

(٢) في (ت٢) : الاستيلاد .

(٣) اقتصر النموي في الروضة على هذا الوجه ، وجعله الأصح . ولم يشر إلى الآخر .  
الروضة : ٧٨/٤ ، ٧٩ .

(٤) نقل الرافعي عن الشيخ أبي حامد «أن في المسألة قولين ، هذا أصحهما». ر . فتح العزيز بهامش المجموع : ١٠٤/١٠ .

(٥) في الأصل : (مصوته) هكذا بدون نقط . وهي لا معنى لها على أي صورة قدرت .  
وفي (ت٢) : (مضبوطه) . ولا معنى لها أيضاً . والمثبت من (ص) . من تضيّقه إذا  
أخذه على حبس وقهراً . (المعجم . والقاموس) فالمعنى أنها مكرهة غير ممكّنة . كما هي  
عبارة النموي في الروضة : ٧٩/٤ .

مترتب على سبب مستحق للزوج / ، والمترتب على المستحقات غير مضمون عندنا . ١٦٢ ش ولذلك أهدرنا سراية القصاص .

٣٥٦٥ - ثم إذا ألمـنا الرجلـ قيمةـ الجاريةـ التيـ ماتـ فيـ الطـلقـ ، فأـيـةـ قـيمـةـ تـراعـىـ فيـ ذلكـ ؟ـ للـعـراـقـيـنـ ثـلـاثـةـ أـوـجـهـ :ـ أحـدـهاـ -ـ آنـهـ يـجـبـ أـقـصـىـ الـقـيمـ منـ يـوـمـ الإـحـبـالـ إـلـىـ الـمـوـتـ ،ـ كـمـاـ يـجـبـ عـلـىـ الـغـاصـبـ أـقـصـىـ الـقـيمـ ،ـ مـنـ يـوـمـ الـقـبـضـ إـلـىـ التـلـفـ ،ـ وـكـأـنـ الـجـارـيـةـ فـيـ يـدـ الـواـطـئـ مـنـذـ عـلـقـتـ إـلـىـ آنـ مـاتـ .

والثاني - أنه يجب قيمة يوم الإحـبـالـ ؛ـ فإنـهـ [سبـبـ] <sup>(١)</sup>ـ الإـتـلـافـ ،ـ وـالـأـمـةـ وـإـنـ بـقـيـتـ مـمـلـوـكـةـ ،ـ فـهـيـ مـعـ سـبـبـ الرـدـيـ هـالـكـةـ .ـ وـلـهـذـاـ نـظـائـرـ سـتـأـتـيـ فـيـ كـتـابـ الـجـراحـ إـنـ شـاءـ اللهـ تعالىـ .

والثالث - وهو اختيار ابن أبي هريرة أنه يجب قيمة يوم الوضع ؛ـ فإنـ التـلـفـ تـحـقـقـ يـوـمـئـذـ ،ـ وـمـاـ تـقـدـمـ غـيرـ مـوـثـوقـ بـهـ ،ـ وـلـاـ مـحـاطـ بـهـ .ـ وـهـذـاـ كـاعـتـبـارـ النـهـاـيـاتـ فـيـ أـرـوـشـ الـجـنـايـاتـ عـلـىـ الـأـحـرـارـ .

٣٥٦٦ - وما يتعلـقـ بـتـمـامـ الـبـيـانـ فـيـ ذـلـكـ آنـ الـرـاهـنـ إـذـاـ وـطـئـ الـجـارـيـةـ وـأـعـلـقـهـاـ ،ـ فـولـدتـ ،ـ وـنـقـصـهـاـ الـولـادـةـ ،ـ وـجـبـ عـلـىـ الـرـاهـنـ أـرـشـ النـقـصـ ،ـ وـوـضـعـهـ رـهـنـاـ ،ـ وـهـذـاـ سـبـيلـ أـرـوـشـ جـنـايـاتـهـ عـلـىـ الـمـرـهـونـ ،ـ عـلـىـ مـاـ سـتـأـتـيـ فـصـولـ الـجـنـايـاتـ .

ولـوـ وـطـئـ الـجـارـيـةـ الـمـرـهـونـةـ وـكـانـتـ بـكـراـًـ ،ـ وـافـتـضـهـاـ ،ـ فـعـلـيـهـ أـرـشـ الـبـكـارـةـ .ـ وـلـيـسـ هـذـاـ بـمـثـابـةـ الـمـهـرـ فـيـ الـثـيـبـ ؛ـ فـانـ الـافـضـاضـ جـنـايـةـ عـلـىـ جـزـءـ مـنـ الـجـمـلـةـ ،ـ وـالـجـمـلـةـ بـأـجزـائـهـ مـرـهـونـةـ .

فـإنـ قـيلـ :ـ لـمـاـ فـرـعـتـمـ عـلـىـ نـفـوذـ الـاسـتـيـلـادـ ،ـ قـطـعـتـمـ القـوـلـ بـأـنـ الـاعـتـبـارـ بـقـيـمةـ يـوـمـ الـعـلـوـقـ ،ـ وـرـدـدـتـمـ الـمـذـهـبـ حـيـثـ اـنـتـهـيـتـ فـيـ التـفـريـعـ إـلـيـهـ ؟ـ قـلـنـاـ :ـ إـذـاـ ثـبـتـ الـاسـتـيـلـادـ ،ـ انـفـكـ الـرـهـنـ ،ـ وـلـمـ يـتوـقـفـ انـفـكـاكـهـ عـلـىـ الـولـادـةـ ،ـ فـتـعـيـنـ اـعـتـبـارـ ذـلـكـ الـيـوـمـ ،ـ وـمـاـ يـفـرـضـ مـنـ نـقـصـانـ أوـ زـيـادـةـ بـعـدـ الـانـفـكـاكـ ،ـ فـلـاـ تـعـلـقـ لـهـ بـحـقـ الـمـرـتـهـنـ .

(١) ساقطة من النسخ الثلاث ، واقتضاها إيضاح السياق ، كما في عبارة النووي . (الروضة : ٧٩/٤).

وإذا قلنا : لا ينفذ الاستيلاد ، وأوجبنا القيمة بسبب الهلاك ، وقد تقدم السبب المقتصي له ، فتردُّ الأصحاب بين السبب والتلف كما تقدم .

ومما يتفرع على قولنا : لا يثبت الاستيلاد لحق المرتهن ، أنها تباع في الرهن إذا مسَت الحاجة إلى بيعها ، ثم إذا بيعت ، فلو عادت يوماً إلى المستولد ، فهل تصير أم ولد له ؟ فعلى قولين مشهورين ، ولا اختصاص لهما بهذه الصورة ، بل كل جارية علقت بولد حر ، من مستولد محترم ، وامتنع نفوذ الاستيلاد ، فإذا ثبت للمستولد الملك المطلق فيها ، ففي نفوذ الاستيلاد القولان .

ومن صور القولين أن يطأ جارية الغير بالشبهة ويُعلقَها ، ثم يشتريها . وقد ذكرنا في التفريع على رد عتق الراهن أن العبد المرهون الذي أعتقه الراهن إذا بيع في الدين ، وعاد ملكاً إلى الراهن ، فلا ينفذ العتق المردود ، والفارق ظاهر ؛ فإن اللفظ<sup>(١)</sup> إنما ينفذ حيث ينفذ بصيغته ، وكان [صيغة]<sup>(٢)</sup> إعْتاق الراهن التجييز ، فإذا رُدَّ ، ارتد ، وقد زال الملك الذي كان إعْتاقه تصرفاً فيه .

والاستيلاد فعل ، والأفعال قد تتوقف ، وكأننا نقدر إعلاق الجارية بولد حر تسبباً إلى حصول الحرية يوماً من الدهر ، ومبني الاستيلاد على هذا ؛ فإنه لا ينجز العتقة .

٣٥٦٧ - ولو انفك الراهن عن الجارية ، وكنا رددنا استيلاد الراهن ، فالأصحابنا طريقان : فمنهم من قطع بنفوذ الاستيلاد في هذه الصورة لاستمرار الملك ، وانقطاع ي ١٦٣ المزاحم ، ومنهم من خرجه على قولين ، ورتبهما على القولين في صورة وطء الشبهة ، وفيه إذا زال الملك عن المرهونة ، ثم عاد . ولا يكاد يخفى وجه الترتيب ، وطريق الفرق .

والوجه عندي القطعُ بنفوذ الاستيلاد إذا انفك الراهن . والاستيلاد عندي على هذا القول مشبَّه بتعليق العتق على ما بعد الانفكاك . وقد قدمنا القطعَ بنفوذ التعليق على هذا الوجه .

(١) في (ص) ، (ت٢) : اللفظ الظاهر .

(٢) في الأصل : صفة .

٣٥٦٨ - [إذا]<sup>(١)</sup> أعتق الراهن العبد المرهون ، ورددنا عتقه ، ثم انفك الرهن ، فقد أشرنا إلى خلاف في ذلك . والسبب فيه استمرار الملك ، وزوال الحجر . وهذا يقرب من اختلاف القول في أن المحجور عليه بالفلس إذا أعتق عبداً من جملة ماله ، فرددنا عتقه ، ثم انفك الحجر عنه ، ولم يتتفق بيع ذلك العبد في ديونه ، ففي نفوذ العتق عند إطلاق الحجر قولهان ، سيأتي ذكرهما في كتاب التفليس ، إن شاء الله تعالى ، ووجه التشبيه بين .

ولا خلاف أن العتق لا ينفذ في اطراد الحجر عليه ؛ فإن فائدة الحجر منعه من التصرف في ماله . وتفاصيل ذلك يأتي في موضعه . والراهن مطلق ، وقد أبقى ملك نفسه في الرقبة ، فظن ظانون أنه مطلق صادف عتقه ملكه ، وسرى إلى حق غيره . ثم سنذكر في بيع المفلس ماله - إذا انفك الحجر عنه ، ولم يتتفق صرف مبيعه في دينه - قولين .

٣٥٦٩ - وأطلق الأصحاب القول بأن بيع الراهن في المرهون مردود ، ولم يقفوه على انفكاك الحجر ، ولا فرق عندي بين البابين ، ولا محمل لتصحيح بيع المفلس ماله على قول إلا الحمل على الوقف ، ومحمل القولين لا يمتنع جريانه في الرهن . وبالجملة لا فرق بين البابين إلا أن أحد الحجرين جرى من اختيار المحجور عليه في جميع ماله ، والحجر الذي نحن فيه وهو الرهن جرى في مال خاص باختيار مالكه ، فالوجه التسوية بين البابين ، وتنتزيل البيع والعتق على ترتيب واحد ، فالعتق أولى بالنفوذ ، والبيع أبعد منه . وهذا فن من الوقف زائد على الأصناف التي ذكرناها في كتاب البيع ، وتقريره في كتاب الحجر .

والفارق بين البيع والعتق أن تنفيذ التصرف بطريق الوقف ملتفت إلى مذهب التعليق ، فكأن المفلس قال : إذا انفك الحجر ، فهذا العبد حر ، وهذا يتطرق إلى العتق ، ويبعد عن البيع ، والمحجور المبذر عتقه مردود في الحال ، وإذا انفك الحجر عنه ، وظهر الرشد ، لم ينفذ من العتق ما رددناه .

(١) في الأصل : فإذا .

ولو قال في سفهه : إذا ظهر رشدي ، فعبيدي هذا حر ، لم ينفذ عتقه إذا آنس رشدَه . وأما استيلاده ، فنافذ في الحال ؟ فإنه يجري على مذهب الاستهلاك ، وهذا واضح .

وقد نجز غرضنا من تفصيل القول في إعتاق الراهن واستيلاده وما يتعلق بأطراف الكلام في ذلك .

٣٥٧٠ ثم قال الشافعي في أئمَّةِ الكلام تفريعاً على ثبوت الاستيلاد : « وتعتَّق بموت السيد في قول من يعتقها »<sup>(١)</sup> .

وهذا تردِّيدُ قولٍ منه في بيع أمهات الأولاد . وهذا القول مشهور في القديم ، وتردِّيده القولَ فيما نقله المزني غريب . والاستيلاد على قوله القديم لا أثر له ، وهو من ضروب الاستخدام ، فكان السيد إذا أودعها ماءه ، ثم انفصل ، فبقيت على رقها كالظرف يحتوي على شيء ثم يفرغ منه . وعلى هذا لا تعنق مستولدة ، ولا يمتنع بيعها . وهذا قولٌ لا عمل به ، ولا فتوى . وقد كان فيه اختلاف في الصدر الأول ، ثم أطبق العلماء بعدهم على المنع ، فالتحق هذا بإجماع بعد خلاف . وهذا مستقصى في فن الأصول .

١٦٣ فإذا مهدنا هذا الأصل الكبير ، فقد حان أن نرجع / إلى صدر الفصل ، فنقول :

إذا رهن الرجل جارية ، فظهر بها حمل ، وقال الراهن : هذا الولد مني ، وقد كانت علقت به ولم أشعر ، فرها : فإن صدقه المرتهن ، فلا كلام ، فيثبت النسب والولد حُرٌّ ، لا ولاء عليه ، والجارية أم ولد ، والرهن باطل ، وليس على الراهن قيمة توضع رهناً ؛ من قبل أنه لم يجن<sup>(٢)</sup> على رهن لازم ، بل تبين أن لا رهن .

نعم لو كان هذا الرهن مشروطاً في بيع ، وقد تبين امتناعهم<sup>(٣)</sup> بالسبب الذي ظهر ، فيثبت الخيار للبائع ؛ من قبل تعدد الوفاء بالشرط المذكور في العقد . وسيأتي

(١) ر . المختصر : ٢١١/٢ .

(٢) في (ص) ، (ت٢) : يجر .

(٣) كذا في النسخ الثلاث . ولعلها : (امتناعه) أي الرهن .

هذا في موضعه من الكتاب ، إن شاء الله عز وجل .

هذا إذا صدقه المرتهن .

فإن كذبه المرتهن ، وقال : ليس الولدُ منك ، فإن كانت للراهن بینة أقامها ، أو أقامتها الجارية ، والشهادة على جريان الوطء من الراهن قبل العقد ، أو بعد الرهن قبل الإقباض . والحكم ما قلناه في المسألة الأولى .

فإن قيل : يحتمل أن يثبت الوطء ، ولا يثبت العلوق . قلنا : نعم ، هو كذلك . ولكن العلوق عيب ، ولا شيء يدار بالإقرار والإنكار عليه إلا الوطء ، ولهذا قلنا : إن السيد إذا اعترف بوطء مملوكته وأتت بولد لزمان يمكن أن يكون من الوطء ، فالنسبة لاحق على تفصيل يأتي في موضعه ، إن شاء الله تعالى ، وهذا يعتمد باستلحاقه النسب ، فصار مجموع هذا مثبتا للاستيلاد .

وإن كذبه المرتهن ، ولا بینة ، فنقول : أما نسبة المولود ، فثبت لاستلحاق الراهن ، وتثبت حرية الولد . وأما الاستيلاد ، فهل يحکم به حتى يبین عليه تبیین بطلان الرهن ؟ فعلی ثلاثة أوجه : أحدها - لا يحکم به ؛ لأنه أثبت للمرتهن حقا ، ثم ادعى ما يتضمن بطلاته ، فلا يقبل .

والوجه الثاني - أنه مقبول ؛ من جهة انتفاء التهمة ؛ إذ إقراره لو ثبت ، فمتضمنه زوال الرق ، وقد يقبل الإقرار في محل حق الغير ، لانتفاء التهمة ، وعليه بنينا قبول إقرار العبد بما يوجب سفك دمه ، أو بما يوجب عقوبة عليه .

والوجه الثالث - أنا نفصل بين أن تأتي بالولد لستة أشهر ، فما دونها من وقت الإقباض ، وبين أن تأتي بالولد لأكثر من ستة أشهر ؛ فإن الأمر إذا كان كذلك ، اتسع مسلك الإمكان ، ولم يبعد أن يفرض العلوق بعد تمام الرهن . وتحقيق الفرق أنا إذا أثبتنا العلوق حالة القبض ، فإقرار الراهن يرد على غير محل الرهن ، ولو كان موجوداً حالة القبض ، فيقع ثبوت الاستيلاد تابعاً .

وهذا يلتفت إلى أصل سيأتي بعد هذا . وهو أن من رهن عبداً أو باعه ، ثم زعم بعد ظهور اللزوم ، أنه كان أعتقه ، أو كان باعه . وهذا سيأتي في مسائل الرهن ، إن شاء الله تعالى .

فإن قيل : إن قبلكم إقراره ، فلا سؤال . وإن لم تقبلوه ، فهلا خرجتم هذا على الأقوال في أنه لو أنشأ الاستيلاد هل يثبت ؟ حتى يقولوا : إن نفذنا منه الاستيلاد ابتداء ، ينفذ إقراره ، وإن لم ينفذ منه الاستيلاد ابتداء ، فلا يقبل إقراره ، تخريجاً على تنزيل الإقرار بالشيء منزلة إنشائه ؟ فإن الوكيل بالبيع لو أقر بالبيع ، نفذ إقراره كما ينفذ إنشاؤه البيع . ولو أظهر الموكّل عزله ، ثم ادعى الوكيلُ البيع ، لم ينفذ قوله . وهذا يطرد لنا وينعكس .

قلنا : هذا جاري في التصرفات التي يسلط الشرع على الإقدام عليها ، فيجعل الإخبار عن الشيء بمثابة إنشائه ، إذا كان إنشاؤه مملوكاً للمقر . والراهن على كل مذهب من نوع من الإقدام على استيلاد الجارية المرهونة . وهذا مما اختلف أصحابنا فيه ، وتخرجه على أصل سيأتي في كتاب الحجر .

ي ١٦٤ وهو أن المبذر لو أقر بالطلاق ، نفذ ، اعتباراً بإنشائه / ، ولو أقر أنه أتلف مالاً ، ففي قبول إقراره خلاف ؟ فإن الإتلاف ليس ما يملكه شرعاً ، ولكن يتصور وقوعه منه ، وهل يقبل إخباره فيه ؟ فعلى وجهين .

ذلك قلنا : لو وقع استيلاد الراهن ، لنفذ ، فإذا اعترف به ، ففي نفوذه الخلاف الذي أشرنا إليه .

### فَصَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ

٣٥٧١ - كل تصرف يمتنع نفوذه لحق المرتهن ، فإذا أذن فيه ، نفذ ؛ فإن المانع حقه . وإذا أذن للراهن في بيع المرهون ، أو في هبته ، فباع أو وهب ، نفذ . وإذا فرعنا على أن العتق لا ينفذ من الراهن ، فإذا أذن فيه المرتهن ، نفذ . وسنذكر أن الراهن لا يجوز له أن يطأ الجارية المرهونة إذا كانت بقصد أن تحبل ، وفي التي لا تحبل كلام سيأتي ، إن شاء الله تعالى .

وإذا أذن في الوطء ، فوطئ الراهن بالإذن وترتباً عليه العلوق ، ثبت الاستيلاد ، وإن وقع التفریع على أن الاستيلاد لا ينفذ لو انفرد الراهن .

ثم الإذن المجرد لا يرفع عقد الراهن ، حتى يتصل بوقوع التصرف .

وللمرتهن أن يرجع قبل التصرف عن إذنه . وإذا إذن في الهبة والإقباض ، فو海棠  
الراهن ، ورجع المرتهن عن الإذن ، لم يملك الراهن الإقباض ، ولو إذن في البيع من  
غير تعجيل حق ولا شرط جعل الشمن رهنا ، فباع الراهن على شرط الخيار ، فقال  
المرتهن رجعت عن الإذن ؟

الذي ذهب إليه المحققون أن رجوعه لا ينفعه ، وللراهن إلزم العقد ، وقطع  
ال الخيار ، كالهبة مع القبض ، وذلك لأن القبض ركن العقد فيه<sup>(١)</sup> . وهو ينزل منزلة  
القبول من الإيجاب ، وكأن الهبة عده والوفاء بها الإقباض ، والبيع مبناه على اللزوم  
والخيار دخيلٌ فيه ، فهو موضوع إلى من له الخيار .

ولو أذن في الوطء فوطئ ، ولم يتفق العلوق ، فحق الراهن باق ؛ فإن الوطء  
لا ينافي الراهن ، وإنما ينافي العلوق ، وثبوت الاستيلاد . فلو لم يأذن إلا في وطأة ،  
فلم تُعلق ، فلا يعود الراهن إلى الوطء . ولو كان أذن في جنس الوطء ، ثم رجع عن  
إذنه ، تعين على الراهن أن يمتنع .

**٣٥٧٢- ثـ فرض الشافعي والأصحاب صوراً في اختلاف الراهن والمرتهن في  
الحكم الذي نحن فيه . ونحن نرسم مسائل تستوعب الغرض .**

فمنها أن يختلفا في أصل الإذن ، فيقول الراهن : أذنت في الوطء ، وأنكر  
المرتهن ، فالقول قول المرتهن مع يمينه ؛ لأن الأصل عدم الإذن .

ثم إذا كان أولدها وجرى الخلاف كما وصفناه ، وحلف المرتهن ، عاد التفريع إلى  
وقوع الاستيلاد . والأولى تفريع صور الخلاف على أن الاستيلاد لا يثبت على  
استبدادِ . فإن نكل الراهن عن يمين الرد ، فأرادت الجارية أن تحلف لمكان حقها من  
علقة الحرية ، فهل لها ذلك ؟ على وجهين ذكرهما العراقيون : قالوا : والأصح أنها  
لا تحلف ؛ فإنها ليست بمتصلة في الحق ، وإنما يثبت أمرها تبعاً ، والأيمان  
لا تعرض على الأتباع ، ولذلك لا يحلف الوكيل ، وسنذكر نظائر ذلك في كتاب

(١) في (ص) ، (ت٢) : فيه . (والضمير هنا يعود على البيع) .

القصامة ، ثم في كتاب الدعاوى ، إن شاء الله - هذه مسألة في الاختلاف .

المسألة الثانية - أن يقع الوفاق على أصل الإذن ، ويعود الخلاف إلى جريان الوطء ، فقال الراهن : قد وطئت ، وأنكر المرتهن ذلك . فيقول : ما وطئت ، وليس الولد الذي جاءت به الجارية منك . هذا أصل التصوير .

ثم ذكر الأئمة صورتين : إحداهما - أن يبتدئ الراهن فيقول : أذنت لي في الوطء ، فوطئت ، وأعلقت . ثم يقول المرتهن : أذنت لك ، وما وطئت ، فالقول ش ١٦٤ قول الراهن ؛ فإن الإذن متفق عليه ، والوطء المختلف فيه / من فعل الراهن ، فليكن الرجوع إليه في فعله .

هذا هو الأصح .

ومن أصحابنا من قال : الأصل عدم الوطء ، وبقاء الراهن . وهذا يناظر ما لو قال الرجل لامرأته : إن زنيت ، فأنت طالق ، فإذا زعمت أنها زنت ، فالقول قول الزوج في إنكار زناها ؛ فإن الأصل عدم وقوع الطلاق ، وعدم الزنا .

هذا أصل المذهب . وليس كما لو قال : إن حضرت ، فأنت طالق ، فقالت : حضرت ، فالقول قولها ؛ إذ لا يطلع على حيضها إلا من جهتها ، ويُطلع على سائر أفعالها من غير جهتها . ولا فرق بين ما يخفى في العادة وبين ما يظهر ، كدخول الدار ونحوه .

ومن أصحابنا من صدق المرأة فيما يخفى وتطرد العادة بكتمانه ، كالزنا ونحوه . وهذا مزييف لا أصل له . فإن قيل : لم كان ظاهر المذهب تصديق الراهن في الصورة التي ذكرتموها ؟ وما الفرق ؟ قلنا : إذا كان الوطء مأذوناً ، فادعاه من أذن له ، كان هذا ادعاءً أمر يملك إنشاعه ، وكل مأذون في شيء يدعي مع دوام الإذن إيقاع ما أذن فيه ، قوله مقبول ، كالوكيل بالبيع إذا أدعى البيع قبل أن يعزل ؛ فتصديق الراهن يؤخذ من هذا الأصل ، وهو غير متحقق في تعليق الطلاق بالصفات ؛ إذ ليس في التعليق تسلیطٌ على أمرٍ وتولیةٍ في شيء ، والطلاق يعلق تارةً بما يدخل تحت اختيار الزوجة ، وتارةً يعلق بأمور ضرورية ، لا اختيار فيها كغروب الشمس وطلوعها . هذا فيه إذا قال الراهنُ أولاً : أذنت لي ، فوطئت . وقال المرتهن بعده : ما وطئت .

فاما إذا قال المرتهن أولاً : أذنت لك في الوطء ، فما وطئت ، فقال الراهن بعده : أذنت لي فوطئت . ذكر الأئمة في هذه الصورة وجهين ورتبوهما على الخلاف في الصورة الأولى ، وجعلوا هذه الصورة الأخيرة أولى أن يصدق المرتهن فيها ، وعللوا بأن قول المرتهن إذا تقدم يتضمن عزل الراهن عن الإذن في الوطء ، فيقع قول الراهن بعد انزاله ، وليس كالصورة الأولى إذا تقدم قول الراهن . وهذا ليس بشيء . وليس ما قاله المرتهن قطعاً للإذن ، ولا عزلاً ، وإنما هو خبر عن الإذن ، واعتراف به ، ثم ادعاء عدم الوطء ؛ فلا عزل إذناً .

وحصل من الصورتين أوجه : أحدها - أن القول قول المرتهن في الصورتين ؛ فإن الأصل عدم الوطء . والثاني - أن القول قول الراهن في الصورتين كما استشهدنا به من ادعاء الوكيل البيع الذي وكل به . والوجه الثالث - أنه يفصل بين أن يتقدم قول الراهن وبين أن يتقدم قول المرتهن ، فالصدق من يقدم قوله . وهذا ما اختاره القاضي ، وهو ضعيف ؛ فإنه بناء على العزل ، وزعم أن قول المرتهن يتضمن عزل الراهن ، وهذا غير مفهوم .

ثم قال لو قال الوكيل بالبيع لموكله : أذنت لي في البيع ، فبعث ، وأنكر الموكّل بيته ، واعترف بالإذن ، فالقول قول الوكيل . ولو قال الموكّل أولاً : أذنت لك في البيع ، فلم يتع . وقال الوكيل : قد بعث . ذكر وجهين في هذه الصورة أخذًا مما تخيله من أن قول الآذن في ذلك رجوع عن الإذن . وهذا كلام عريٌ عن التحصيل .

٣٥٧٣ - ومن مسائل الاختلاف : أن يتفقا على الإذن ، وجريان الوطء ، ويقول المرتهن : هذا الولد الذي أتت الجارية به ليس منك / ، ولم تُعلقها أنت بوظنك ، ١٦٥ وإنما زنت ، وأتت بولٍ من غيرك ، فالقول في هذه الصورة قول الراهن بلا خلاف ؟ فإن أصل الإذن متفق عليه ، وكذلك جريان الوطء ، ولا يبقى بعد هذا في نفوذ الاستيلاد شيء إلا استلحاق المولود ، والاستلحاق إلى الواطئ ، وهو من الأمور المفوضة إليه ، فلا معنى لتقدير مزاحمته .

ثم وجدت الطرق متفقة على أن الراهن لا يحلّ في الصورة الأخيرة ، ويكتفي استلحاقه . وإذا جعلنا القول قول الراهن في ادعاء الوطء ، فهل يحلّ ؟

ذكر الأصحاب وجهين . والأظهر عندي أن يحلف . ووجه قول من لا يحلفه أن حاصل كلامه يرجع إلى استلحاق المولود ، وقد تقدم أنه لا استحلاف فيه .

ولو ادعى الوطء ، ولم يتعرض لاستلحاق النسب ، لم يثبت الاستيلاد . والوجهان في تحريف الراهن على الوطء ذكرهما صاحب التقريب على النسق الذي ذكرناه .

وإن رأينا تصديق المرتهن في نفي الوطء ، فلا يثبت يمينه ؛ فإن كل من أراد نفي فعل غيره ، لم يزد في يمينه على نفي العلم به ، وهذا لو صح الرجوع إلى قول المرتهن أصل لا مراء فيه . وبه يضعف أصل هذا الوجه ؛ فإن المرتهن في الغالب لا يطلع على الوطء ؛ ومهما حلف على نفي العلم بالوطء ، برأت يمينه ، فيؤدي هذا المسلك إلى أن لا يثبت حق وطء الراهن قط إلا أن يطا على رؤوس الأشهاد .

وهذا ينفصل عن تعليق الطلاق ؛ فإن وقوع الطلاق ليس من حقها ، وكذلك فعلها الذي هو صفة في الطلاق ، فإن كان لا يظهر وقوع الطلاق ، فليس فيه تعطيل حق ، والراهن يطا بحق الملك ؛ فإن الوطء لا يستباح بالإذن ، ولكن الإذن يرفع المانع من اليمين .

وإذا كان هذا من حق الراهن ، فينبغي له أن يمهّد له سبيلاً إلى إثباته على يسر .

**٣٥٧٤**- ثم إن المزني ذكر المسألة الأخيرة ، وحكي عقيبها عن الشافعي أنه قال : إن كان موسرأ ، فعليه القيمة ، وإن كان معسراً ، فلا شيء عليه . ذكر هذا في صورة الاعتراف بالإذن والوطء ، ثم أخذ يعترض ويقول : وجب أن لا نلزم القيمة ، لأن الوطء جرى بالإذن ، فوجب بطلان حقه .

قلنا : الأمر على ما ذكرت ، ولكن أخطأت ووهنت في النقل ، والشافعي ذكر هذا في المسألة الأولى من مسائل الاختلاف : وهي إذا أنكر المرتهن أصل الإذن وحلف . وقد تتبع الأثباتُ نصوصَ الشافعي في الكتب ، فلم يجدوا ما ذكره المزني من الفرق بين المouser والمعسر ، إلا على أثر إنكار المرتهن أصل الإذن .

**٣٥٧٥**- ذكر العراقيون في أثناء الكلام عند ذكرهم إذن المرتهن مسألة في الإذن أحبت نقلها ، وهي أنهم قالوا : لو قال السيد : اضرب عبدي ، فضربه ، وأتى

الضرب عليه . قالوا : لا ضمان على الضارب . وقالوا : الزوج مأذونٌ من جهة الشر في ضرب زوجته ، ولو ضربها وأتى الضرب عليها ، ضمنها ، وفرقوا بأن الإذن في ضرب الزوجة مقيد بتوفي القتل وإيقائها والإبقاء عليها . والإذن في الضرب مطلق في المسألة التي ذكرناها لا تقييد فيه .

وكانهم رأوا الأمر بالضرب أمراً بجنسه بالغاً ما بلغ .

وهذا محتمل عندي ؛ فإن الضرب يخالف القتل ، فالأمر به أراه مُشرعاً بالاقتصر عليه ، ومن قتل إنساناً لا يقال : ضربه . ولو قال : أدب عبدي ، فلا يجوز أن يُشك في أنه لو قتله ، ضمه ؛ فإن التأديب مصريحٌ بإبقاء المؤدّب .

### فضائله

قال : « ولو وطئها / المرتهن . . . إلى آخره »<sup>(١)</sup> .

قد ذكرنا فيما تقدم وطء الراهن بالإذن وغير الإذن . وهذا الفصل مضمونه ذكر وطء المرتهن الجارية المرهونة . ولذلك صورتان :

إحداهما - أن يقع الوطء من غير إذن الراهن . والأخرى - أن يقع الوطء بإذنه .

فأما إذا وطئ بغیر إذن الراهن ، فلا يخلو إما أن يكون عالماً بالتحرير ، وإما أن يدعى الجهل به ، فإن كان عالماً بالتحرير ، فهو زانٍ يلزمـه الحد . فإن استكره الموطوعة ، التزم مهرـها للراهن . وإن طاوعـته ، فهي زانية .

واختلف الأصحاب في وجوب المهر : منهم من قال : لا مهر ، وإليه ميل المحققين . ومنهم من أوجب المهر .

٣٥٧٦ - التوجيه : من قال : يجب المهر ، احتاج بأنّ مطاوعتها إباحة منها ، وإياحتها مهدرة في حق المولى ، فأشبـهـ ما لو أباحت قطع طرفها لـجـانـ ؛ فإن الضمان لا يسقط بـإـيـاحـتها .

ومن قال : يسقط ، احتاج بأنـ قالـ : هي بـغـيـ أـوـلاـ ، وقد « نـهـ رسول الله صـلـي الله

(١) ر . المختصر : ٢١١/٢ .

عليه وسلم عن مهر البغي» ومنافع البعض تقوّمت بالشرع إذا استهلكت وهي محترمة ، ولا حرمة مع البغاء .

وفيه لطيفة من جهة المعنى ، وذلك أنها إذا طاوعت ، فهي مشاركة في العمل ، وليس الزاني منفردًا باتفاق المنفعة ، ولا تمييز ولا تشطير . والشرع لا يتقادس إثبات البدل لحق حرمته ، فلا شيء .

هذا إذا كان عالماً بالتحرير .

فاما إذا كان جاهلاً فيما زعم ، بأن كان حديث العهد بالإسلام ، وظن أن الارتهان يبيح المرهونة ، فإذا ادعى الجهل ولم يبعد ما قال ، فلا حد . وإذا انتفى الحد ، فالكلام بعده في المهر ، والنسب ، والحكم برق الولد وحريته .

الظاهر أن النسب يثبت ؛ لمكان الشبهة الدارئة للعقوبة . وإذا اندفع الحد لشبهة ، كان الوطء على حظ من الحرمة<sup>(١)</sup> ؛ فيثبت النسب .

ومن أصحابنا من قال : لا يثبت . ثم الطريقة الصحيحة تخريج رق المولود على الخلاف في النسب ، فإن حكمنا بالنسب ، فالولد حر ، وإن نفيانا النسب ، فالولد رقيق .

وقال بعض أصحابنا : النسب يثبت وفاصاً . وفي ثبوت الحرية وجهان . وهذا القائل يزعم أن النسب أسرع إلى الثبوت .

وعكس بعض من يننسب إلى التحقيق هذا ، فقطع بإثبات الحرية ، وردّ القول في النسب ، وصار إلى أن الولد النسيب هو المنعقد من ماء محترم ، والحرمة غير متکاملة .

وهذا كله خبط .

والوجه إجراء النسب والحرية مجرى واحداً . والمذهب ثبوتهما . وكان شيخي يعلل الوجه الآخر بضعف الشبهة ، ويقول : الحد يندرىء بأدنى شبهة . والنسب يستدعي شبهة لها وقع .

(١) «الحرمة» : من «الاحترام» ، وليس من «التحرير» .

وقرر القاضي في هذا كلاماً ، وقال : من لا يعلم حكم الإسلام تحريره لهذا الواقع فكأن لا شبهة ولا بصيرة . ثم قال : إذا زنى مجنون بعاقلة ، فالقول في النسب يجب أن يخرج على هذين الوجهين ، فإن المجنون ليس ممن يدرى ، وليس ممن يتصف بنقيض الدراء ، والشبهة إنما ثبتت في حق من يعذر بظن وهو (بصدق)<sup>(١)</sup> الدراء ، وعليه يخرج عندي الخلاف في عمد المجنون في القتل ؛ فإن إلحاقه برتبة المخطيء لا وجه له وإن دامه معلوم حسأ . وهذا لائح في المجنون . فأما إلحاقة عاقل جهل التحرير - ومن الممكن أن يعرفه - بالمجنون ، بعيد . فأما المهر ، ففيه تردد للأصحاب ؛ من جهة ضعف الشبهة ، وأنها لم تورث حرمة ، والأصل ثبوت المهر / . ١٦٦

هذا كله إذا وطئ المرتهن من غير إذن الراهن .

٣٥٧٧- فأما إذا وطئ بإذن الراهن ، فإذا كان عالماً بالتحرير ، لزمه الحد في ظاهر المذهب .

وقيل : لا حدَّ عليه لشبهة الخلاف ؛ فإن عطاء بن أبي رياح ، كان يجوز إعارة الجواري ، وكان يبعث بجواريه إلى ضيفانه ، فليتهض مذهبُ شبهة في درء الحد . وهذا ليس بشيء ؛ فإن الحد لا يدرأ بالمذاهب ، وإنما يدرأ بما يتمسك به أهل المذاهب من الأدلة ، ولا نرى لفظاً في هذا متمسكاً ، ولا أصل لهذا الوجه .

إن قلنا : لا حد ، فالكلام في النسب وحرية الولد على ما قدمناه في حق من وطئ من غير إذن وادعى الجهل بالتحرير .  
وإن أوجبنا الحد ، فلا نسب ، والولد رقيق .

وإن ادعى الجهل بالتحرير عند إذن الراهن ، فالدعوى في هذه الصورة أظهر . واتفق الأصحاب على أنه يتعلق بها دفع الحد ، وثبتت النسب ، وحرية الولد . ولا تصير الجارية أم ولد ، وإذا ملكها يوماً من الدهر ، ففيها القولان المشهوران . وأما المهر ، فقد اختلف قولُ الشافعي في وجوبه ، فقال في قول : لا يجب ؛ لأن الإذن من

(١) كذا في النسخ الثلاث ، والمعنى أن الشبهة تكون عن ظن خاطئٍ ممن هو بصدق الدراء ، أي من أهلها ، والله أعلم .

الحرّ المستوجب للمهر قد حصل ، وإذا سلطه ذو الحق على إتلاف حقه ، فلا ضمان .  
وقال في قول آخر : يجب المهر ؛ فإن الإباحة لا وقع لها في الأبعاع ، وليس الوطء  
زنا .

قال القاضي : هذا الاختلاف قريب من اختلاف قول الشافعى في أن المفروضة هل  
تستحق المهر ، وسيأتي ذلك مفصلاً في كتاب الصداق ، إن شاء الله تعالى .  
هذا قولنا في المهر .

فأما قيمة الولد وقد ثبتت حريته ، ففيها طريقان : فالذى ذهب إليه معظم الأصحاب  
أنها تجب ، ولا تسقط بسبب الإذن في الوطء ؛ فإن العلوق لا صنع فيه للواطئ ، فلا  
يكون الإذن في الوطء متعلقاً به .  
هذا أحد الطريقين .

وقد ذكر صاحب التقريب طريقة أخرى في تخريج قيمة الولد على قولى المهر ؛ فإن  
العلوق مترب على الوطء المأذون فيه . والدليل عليه أنَّ المرتهن للراهن في الوطء  
يوجب تنفيذ الاستيلاد ، وسقوط الغرامة ، وإن كان الاستيلاد ترتب على العلوق .  
وليس هو من صنع الواطئ . ولكن التسبب إلى الشيء بمثابة مباشرته .

### فضح المحتضر

قال : « ولو كان الرهن إلى أجل ، فأذن للراهن في بيع الرهن . . . إلى آخره »<sup>(١)</sup> .

٣٥٧٨ - إذا أذن المرتهن للراهن في العتق ، فأعتق بإذنه ، بطل حقه من الرهن ،  
سواء كان الحق حالاً أو مؤجلاً ؛ فإن الإعتاق إتلاف للمالية ، لا إلى عوض ؛ فإذا أذن  
المرتهن به ، سقط حقه بالكلية من الوثيقة .

فاما إذا أذن بالبيع ، فلا يخلو : إما أن يكون حالاً ، أو مؤجلاً .

فإن كان مؤجلاً ، فيه مسائل : أحدها - أن يطلق المرتهن الإذن في البيع ،  
ولا يقيده بشرط ، فإذا باع الراهن بالإذن ، انفك الرهن ، ولا يلزم البائع جعل الثمن

(١) ر . المختصر : ٢١١/٢ .

رهناً مكان ما باع ، خلافاً لأبي حنيفة<sup>(١)</sup> . هذه مسألة .

٣٥٧٩ - والمسألة الثانية - أن يأذن في البيع على شرط أن يعدل الدين من ثمنه ، فهذا الشرط باطل ؛ فإنه يتضمن إثبات حق غير ثابت ، وهو التعجيل . وإذا ثبت فساد هذا الشرط ، فالإذن يفسد بفساد الشرط ولا ينفذ بيع الراهن ، وينزل ما جرى منزلة / ١٦٦ ش ما لو باع مستبداً من غير إذن ، وهذا يعد من مشكلات المذهب .

وذهب المزن尼 إلى أن البيع نافذ بالإذن . واحتج عليه بأن قال : الإذن في البيع لا فساد فيه ، وإنما الفساد في الشرط المقرر به ، فليفسد الشرط ، ولি�صح البيع بالإذن ، واستشهد عليه بال وكليل بالبيع مع شرط فاسد ، مثل أن يقول : بع عبدي هذى ولك عشر ثمنه ، فالأجرة فاسدة ؛ من جهة أن مبلغ الثمن مجهول ، والجزء من المجهول مجهول . ولكن البيع من الوكليل نافذ ، والرجوع إلى أجر المثل ، فليكن الأمر كذلك فيما نحن فيه ؛ حتى يصح البيع ، ويفسد الشرط .

وهذا الذي ذكره المزنني في ظاهره معنى كلي .

وقد قال العراقيون : حكى عن أبي إسحاق المروزي أنه ذكر قوله مخراجاً موافقاً لمذهب المزنني ، فحكم بنفوذ البيع ، ويفساد الشرط . هذا حكمه ، ثم زيفوه . وقالوا : التعويل فيما يُنقل عن أبي إسحاق على ما يوجد في شرحه<sup>(٢)</sup> . وهذا غير موجود في شرحه ، فالوجه القطع بما نص عليه الشافعي .

وما ذكره المزنني نقول فيه : الإذن في البيع في مسألتنا معارض باشتراط شيء لا يستحق ، فكان المرتهن أذن ، وقابل<sup>(٣)</sup> الإذن بشرط يجرئ به منفعة إلى نفسه ، ولم يثبت الشع ذلك الشرط ، ففسد مقابل الشيء ، فسد ذلك الشيء . وهذا يمثل بفساد أحد العوضين في المعاملات ؛ فإن من حكمه فساد مقابلة . وليس كذلك التوكيل بالبيع ؛ فإن أصل الإذن لا مقابل له ، وإنما المقابلة في عمل الوكليل وما شرط

(١) مختصر اختلاف العلماء : ٤/٣٠٣ مسألة : ٢٠١٧ ، البدائع : ٦/١٤٩ ، ١٥٣ .

(٢) المراد شرحه لمختصر المزنني .

(٣) (ت ٢) : فكان المرتهن إذا قابل للإذن .

له ، والإذن في البيع خارج عنهم ، فاستقل الإذن بالصحة ، وتقابل العمل والشرط ، فقيل لـ<sup>ح</sup>قهما الفساد . أما أثر الفساد في العمل ، فهو أنه لا يستحق ، وأثر الفساد في العوض لائح ، فيخرج منه نفوذ البيع بحكم الإذن المطلق ، والرجوع إلى أجر المثل على قياس المعاوضات الفاسدة .

ونفس الإذن في مسألتنا مقابل بفساد ، وذلك الفساد عوض الإذن .  
هذا متهى الإمكان في هذا .

**٣٥٨٠** - المسألة الثالثة - أن يأذن في البيع ، ويشترط وضع ثمنه رهناً مكانه . وفي المسألة قولهان : أحدهما - أن الشرط يفسد ، ثم يفسد بفساده الإذن في البيع ، كما قدمناه في المسألة الثانية .

والقول الثاني - أن الشرط صحيح ، والإذن في البيع صحيح ، فإذا بيع المرهون ، لزم جعل ثمنه رهناً . وهذا في حكم نقل الرهن من العين إلى عوضه ، فإذا كان يجري هذا وفاقاً ؛ فإن المرهون إذا هلك تعلق حق الوثيقة بقيمتها ، وما يقع لا يمتنع شرطه .  
وهذا يترب على أصل سياتي بيانيه ، إن شاء الله تعالى . وهو أن من رهن ما يتسارع الفساد إليه ، فهل يصح الرهن فيه والدين مؤجل ؟ فعلى قولين ، أحدهما - لا يصح ؛ فإن مقتضى الرهن الحبس إلى حلول الدين ، والحبس يفسد الرهن .

والقول الثاني - يصح الرهن ، ويбاع ويوضع ثمنه رهناً ، وسيأتي ذلك . فإن أفسدنا فيما يفسد من يومه ، فذاك لمصيرنا إلى امتناع النقل ، فلا يجوز إذاً شرط النقل .  
وإن صحيحاً رهن ما يفسد ، ونزلنا على نقل<sup>(١)</sup> الوثيقة من العين إلى ثمنها ، فلا يمتنع شرطه .

**١٦٧** ي وكل ما ذكرناه فيه إذا كان الدين مؤجلاً<sup>(٢)</sup> وجرى الإذن<sup>(٢)</sup> من المرتهن في البيع / قبل حلول الأجل مطلقاً أو مقيداً .

**٣٥٨٠** م - وأما إذا كان الحق حالاً ، فأذن المرتهن في البيع ، نُظر : فإن كان الإذن

(١) في (ص) ، (ت٢) : رهن .

(٢) ما بين القوسين ساقط من (ص) ، (ت٢) .

مطلقاً ، نفذ البيع ، ولزم قضاء الحق من ثمنه ؛ لأن هذا مستحق بحكم الرهن ، فمطلقاً الإذن محمول عليه . فإن شرطَ قضاءَ الحق منه ، فقد زاد تأكيداً ، وصرح بما يقتضيه الإطلاق .

ولو أذن في البيع على شرط أن يوضع ثمنه رهناً ، ففي المسألة قولان والحقيقة حالٌ ، كالقولين إذا كان مؤجلاً ، فلا يختلف الترتيب في هذا الشرط في الحال والموجل ، فإن نقل الرهن غير مستحق في الحالتين . هذا بيان المسألة .

**٣٥٨١**- ثم ذكر الشافعي بعد هذا اختلافاً بين الراهن والمرتهن في كيفية الإذن ، والقول مفروض في الدين الموجل ، فإذا باع الراهن الرهن بالإذن ، ثم اختلف الراهن والمرتهن : فقال الراهن : أذنت في البيع المطلقاً ، وقال المرتهن أذنت في البيع وشرطت أن يوضع ثمنه رهناً ، فظاهر المذهب أن القول قول المرتهن مع يمينه ؛ فإن البائع يدعى الإذن على وجه ينقطع فيه تعلق المرتهن ، والمرتهن يأبى ذلك ، والأصل استمرار تعلقه بحق الوثيقة .

وذكر بعض أصحابنا وجهاً آخر في ذلك ، ووجهوه بأن أصل الإذن متفق عليه ، و[المرتهن]<sup>(١)</sup> يدعى ضم شيء إلى الإذن ، والأصل عدمه . وهذا ليس بشيء ، والمذهب الأول .

وهذا ذكره شيخي وأنا أحسبه هفوة ، فلا يعتد به .

ثم أطيب المزني في التعليق بمسألة الوكيل الذي شرط له الجعل الفاسد ، وقد تكلمنا عليه بما فيه مقنع مذهبأً وحجاجاً .

**فِيْ بَيْعٍ :** إذا أذن المرتهن في البيع مطلقاً والدين مؤجل ، ثم رجع عن الإذن قبل جريان البيع ، صح رجوعه ، ونفس الإذن في البيع لا يبطل حقَّ المرتهن ، بل الأمر موقوفٌ على جريان البيع على حكم الإذن . فلو اختلف الراهن والمرتهن ، وقد جرى الإذن في البيع والرجوع ، فقال الراهن : بعثُ قبل رجوعك . وقال المرتهن : بل رجعتُ قبل بيعك ، فالذي ذهب إليه الأكثرون أن القول قول المرتهن ؛ فإنه تقابل

(١) في الأصل : المدعى .

هاهنا أصلان : أحدهما - أن الأصل عدم بيعه في الوقت الذي يدعى به ، والأصل عدم رجوع المرتهن أيضاً في ذلك الوقت ، فيتقابلان ويبقى أصل الرهن على ما تقرر ابتداء . ومن أصحابنا من قال : ينفذ البيع ؛ فإن الأصل استمرار المرتهن على حكم الإذن الذي سبق منه .

وهذه المسألة تلتفت على اختلاف الزوجين في الرجعة وانقضاء العدة ، وسيأتي تفصيل ذلك في موضعه ، إن شاء الله عز وجل .

### فِصْلُ الْأَرْضِ

قال : « ولو رهنه أرضاً من أرض الخراج ، فالرهن مفسوخ ؛ لأنها غير مملوكة ... إلى آخره »<sup>(١)</sup> .

٣٥٨٣ - أراد بأرض الخراج سواد العراق ، وكان غنمه المسلمين ، واستولوا عليه عنوة ، واقتسموا واشتغلوا بالحراثة وتعلقوا بأذناب البقر ، وتقاعدوا عن الجهاد ، فاستطاب أمير المؤمنين عمر - رضي الله عنه - قلوبهم عنها ، فاستردّ[ها]<sup>(٢)</sup> منهم بعض وغير عوض ، ثم حبسها على المسلمين ، وردها على سكان العراق ووظف عليهم أجرا . هذا مذهب الشافعي ، وسيأتي شرحه في موضعه ، إن شاء الله عز وجل في كتاب السير والجزية ، والغرض من ذكره الآن / تفصيل القول في رهن تلك الأرضي . ش ١٦٧

وزعم ابن سريج أن عمر باع تلك الأرضي من أهل العراق ، وما حبسها وجعل الثمن موظفاً عليهم . وهذا يخالف نص الشافعي ، فإن ابن سريج يزعم أن سواد العراق على التأويل الذي ذكره مملوك ، فينفذ بيعه ورهنه . ونص الشافعي يصرح بأن تلك الأرضي محبّسةٌ ممتنعٌ بيعها ورهنها .

قال العراقيون : سواد العراق من عبادان إلى الموصل طولاً ، ومن القادسية إلى حلوان عرضاً ، فلو فعل الإمام فيما مثل هذا ، جاز . والقول فيه يطول ، وليس هو من

(١) ر . المختصر : ٢١٢/٢ .

(٢) ساقطة من النسخ الثلاث .

غرض الكتاب ، وإنما المقصود الكلام في أن رهن سواد العراق غير جائز على النص ؟ فإنه محبس . وهو جائز على تخریج ابن سریع .

وأما بيع ما فيه من أبنية ، فكل بناء كان من برية العراق ، فهو أيضاً غير مملوك ، وما لم يكن من بريته ، فمملوك ، والغراس لا شك أنه مستحدث ، فإذا كان مملوكاً ، فالرهن فيه جائز ، وكذلك البيع .

ولو جمع بين رهن أرضٍ من السواد وغراس فيه مملوك ، فهذا من باب تفريق الصفة .

ثم مما وقع التعرض له في هذا الفصل أن بيع الأرض هل يستتبع الغراس ؟ وهذا قد استقصيـناه في كتاب البيع على أبلغ وجه ، فلا معنى لإعادته ، وشرط هذا الكتاب أن نضم فيه أطرافَ الكلام في المثنىـات والمكررات .

٣٥٨٤- ثم قال الشافعي : « لو أدى عنه الخراج ، فهو متطوع ... إلى آخره »<sup>(١)</sup> . فالمراد أن من رهن بناء مملوكاً أو غراساً ، فالخرجـاج على الراهن ، فلو أدى المرتهن الخراج نظر : فإن أداه من غير إذن من عليه الخراج ، فهو متطوع لا يجد إلى ما أداه مرجعاً . ولو أداه بإذن من عليه بشرط الرجـوع ، رجـع ، ولو أداه بإذن ، وما كان الإذن متقيـداً بشـرط الرجـوع ، ففي المسـألة وجـهان مشهوران .

ولا اختصاص لهذا بما نحن فيه . وكل من أدى ديناً على إنسان ، فتفصـيله في الرجـوع على ما ذكرناه .

ونصـ الشافعي يميل إلى الرجـوع إذا كان الإذن مطلقاً . قال الشافعي : لو فـادي أسيـراً دون إذنه ، لم يرجع عليه ، وإن فـاداه بإذنه ، رجـع عليه ، ولم يعتبر شـرطـ الرجـوع . ونصـ أيضاً على أن من اكتـريـ دارـاً وقـبضـها وأـكـراـها ، فأـدىـ المـكتـريـ الثانيـ الكـراءـ عنـ الأولـ إلىـ المـكـريـ بإـذـنهـ ، رـجـعـ . وإنـ لمـ يـكـنـ بإـذـنهـ ، لمـ يـرـجـعـ ، ولمـ يـعـتـبرـ شـرـطـ الرـجـوعـ .

والمسـائل كلـها علىـ الخـلافـ بـيـنـ الأـصـحـابـ .

### فِصْنَلُكٌ

قال : « ولو اشتري عبداً بالختار ثلاثة ، فرهنه قبلها ، فالرهن جائز ، وهو قطع لخياره . . . إلى آخره »<sup>(١)</sup> .

٣٥٨٥ - إذا شرط الخيار لنفسه دون البائع ، فالمذهب أن الملك للمشتري ، وخرج فيه قولان آخران ، تقدم ذكرهما في أول البيع . والشافعي فرع على أن الملك للمشتري ، وقال : « لو رهنه في زمان الخيار ، صح الرهن ، وانقطع الخيار ، ولزم البيع » .

وهذا مما ذكرناه في كتاب البيع على أبلغ وجه في البيان ، وأحسن مساق في التفصيل ، والرهن في زمان الخيار بمثابة البيع . وحاصل المذهب ثلاثة أوجه : أحدها - أن الرهن فاسد والعقد على جوازه .

ي ١٦٨ والثاني - أن الرهن فاسد ، والختار / ينقطع . والثالث - وهو ظاهر النص - أن الرهن يصح ، وينقطع الخيار به .

وذكر العراقيون ، وصاحب التقريب في الوصية اختلافاً يناظر هذا ، فإذا أوصى رجل بعد لرجل ، ومات الموصي ، فرهن الموصى له العبد الموصى به بعد موت الموصي ، وقبل القبول ، وفي المسألة أوجه : أحدها - يصح الرهن ، ويكون قبولاً للوصية . والثاني - لا يصح الرهن ، ولا القبول . والثالث - يفسد الرهن ، ولكن يقع قبولاً للوصية .

### فِصْنَلُكٌ

٣٥٨٦ - ويجوز رهن العبد المرتد ، وهذا معنى مستقصى في البيع ، ثم ذكرنا المذهب في بيع العبد المرتد ، وبيع العبد المحارب المستوجب للقتل ؛ بسبب القتل والمحاربة ، وأوضحتنا أن من اشتري عبداً مرتدأ ، وقبضه ، وقتل في يده بالبردة ، فهو من ضمان البائع أو من ضمان المشتري ؟ ولا وجه لإعادة ما سبق .

(١) ر . المختصر : ٢١٢ / ٢

والقدر المتعلق بكتاب الرهن أن من ارتهن عبداً مرتدأ ، وصححنا الرهن ، فقبضه ، ثم قتل في يده بالردة ، نظر : فإن لم يكن الرهن مشروطاً في بيع ، فلا أثر لما جرى ، وقد ارتفع الرهن بفوات المرهون . وإن كان الرهن مشروطاً في بيع ، فإذا قتل العبد في يد المرتهن ، ففيه الخلاف المقدم ذكره في البيع : ففي وجه يجعل كما لو قتل في يد الراهن ، ولو قتل في يده ، لما كان وافياً بالرهن المشروط ، ثم حُكمه أن يتخير البائع في فسخ البيع ؛ فإن من شرط رهناً ، فلم يتفق الوفاء به ، ثبت له الخيار . وسيأتي بيان هذا الأصل .

وإن قلنا : المرتد في يد المرتهن محسوبٌ عليه ، فقد توفر عليه المشروط ، فلا يثبت له حق فسخ البيع .

٣٥٨٧ - ويتصل بهذا الفصل أن الرهن إذا كان مشروطاً ، ثم اتفق ضياعه في يد المرتهن ، ثم اطلع المرتهن على عيب بعد فوات الرهن ، فهذا من غوامض الأحكام في الرهن . وهو بين أيدينا . ولكن ننجز منه شيئاً .

فنقول : إن اطلع على عيب وأمكن الرد ورداً ، ففائدة ذلك أن يتخير في فسخ البيع .

وإن عسر الرد بالتلف ، وقد فرض الاطلاع من بعد ، ففي المسألة وجهان : أحدهما - أنه قد فات الأمر ؛ فإن الرد غير ممكناً ، والأرش لا وجه له ؛ فإن الأرش استرداد جزء من الثمن .

والوجه الثاني - أنه يثبت للمرتهن حق فسخ البيع ؛ لأن النقصان الذي اطلع عليه في حكم جزء لم يصل المرتهن إليه ، ولم يتحقق الوفاء بالشرط فيه ، فهو كما لو شرط رهن أشياء ، فاتفاق الوفاء برهن بعضها دون بعض ، فالخيار ثابت .  
ونص الشافعي يميل إلى هذا .

إذا ارتهن مرتدأ ، فقتل في يده ، وفرعنا أنه محسوب عليه ، فلو اطلع على الردة من بعد ، فهذا ما ذكرناه من الاطلاع على العيب بعد فوات الرد .

## فِصْنَلُكٌ

قال : « ولو أسلفه ألفاً برهن . . . إلى آخره »<sup>(١)</sup> .

٣٥٨٨ - إذا رهن من عليه ألف عبداً بالألف ، ثم أراد أن يرهن بذلك الألف عبداً آخر أو ما بدا له ، فليفعل ، ولا منع من هذا ؛ والسبب فيه أن الرهن هو المشغول بالدين ، والدين غير مشغول بالرهن ؛ فإنه ليس عوضه ، ولا موثقاً به ، فالزيادة في الرهن لا منع منها .

فأما إذا أراد أن يزيد في الدين ، ويرهن ذلك المرهون بدين آخر ، ضما إلى الدين الأول ، فإن فسخا الرهن الأول وأعاداه بالدينين ، فلا شك في جوازه .

ولو قررا الرهن الأول ، وأرادا ضم دين آخر إليه ، ففي جواز ذلك قولان : أحدهما ش ١٦٨ - يجوز ، وهو القديم ، و اختيار المزنبي / .

والثاني - لا يجوز . وهو العجيد . ومذهب أبي حنيفة<sup>(٢)</sup> .

٣٥٨٩ - توجيه القولين : من منع ذلك ، احتاج بأن قال : إذا أفر الرهن الأول ، وزيد في الدين بذلك الرهن ، فهذا رهن مرهون ، ورهن المرهون لا يجوز ، كما لو فرض رهنه من آخر .

ومن قال : إنه جائز ، فلا وجه لقوله إلا اعتبار<sup>(٣)</sup> الدين بالرهن . وقد قدمنا أن الزيادة في الرهن جائزة ؛ فإذا لم يمتنع هذا في أحد الجانبين وحكم العقود التساوي ، لم يمتنع في الجانب الآخر . ولما منعنا الزيادة في الثمن بعد لزوم العقد ، معناها في المثلث .

ومن بدائع الأمور اختيار المزنبي جواز هذا الإلحاد ، مع ميله إلى القياس في اختياراته ، وأبدع من هذا منع أبي حنيفة لهذا الإلحاد ، مع مصيره إلى أن الزيادة

(١) ر . المختصر : ٢١٢/٢ .

(٢) ر . مختصر اختلاف العلماء : ٢٩٤/٣ مسألة : ٢٠١٠ .

(٣) أي قياس الدين على الرهن ، فكما جاز الزيادة في الرهن تجوز في الدين .

تلحق الشمن والمثمن ، بعد لزوم العقد .

٣٥٩٠ - وما يتعلّق بالمسألة أن العبد المرهون لو جنى جنائيةً ، وتعلّق الأرث برقبته ، وسنذكر أنه يباع في الأرث ، ولا يبالي بحق المرتهن إذا لم يفديه الراهن ، فلو قال المرتهن : أنا أفديه ، ويكون ما أفديه به ديناً على السيد ، ويصير<sup>(١)</sup> العبد مرهوناً بما أفرضُ الراهن في فدائه ، ففي جواز ذلك قولان مرتبان على القولين في الأصل . وهل هذه الصورة أولى بالجواز ، من قبل أن هذا الفداء من مصلحة الرهن ، وهو سبب استبقاءه ، فكان ما قدرناه فيه أقرب إلى الجواز .

وقرب الأئمة هذا من أصل رمزنا إليه في كتاب البيع ، وهو أن المشرف من الحقوق على الزوال إذا استدركت يجعل استدراها بمثابة زوالها وإعادتها أم يحمل الاستدراك على موجب الاستدامة فيها ؟ فعلى قولين ، مأخوذين من معانٍ كلام الشافعي . وعليه بنينا استثناء الشمار عن مطلق بيع الأشجار قبل بدء الصلاح ، حيث قلنا : إنها إن كانت كالزائلة العائدة ، فلا بد من شرط القطع في استثنائها ، وإن بنينا الأمر فيها على الاستدامة ، وهو الصحيح ، فلا معنى لشرط القطع .

فإذا جنى العبد المرهون ، فقد أشرف الرهن على الزوال ، بتقدير أنه يباع في أرض الجنائية ، فإذا فدى المرهون بالإذن على الشرط الذي ذكرناه ، فهل يجعل هذا كما لو انفك الرهن ثم أعيد ؟ ولو كان كذلك ، لصح فيه الخلاف الذي ذكرناه .

فِصَلِي

قال : « ولو أشهد المرتّهن أن هذا الرهن في يده بآلفين . . . إلى آخره »<sup>(٢)</sup> .

٣٥٩١- صورة المسألة إذا أقر الراهن أن العبد الذي في يد المرتهن مرهون عنده بألفين ، ثم ادعى بعد ذلك أنه رهنه أولاً بالفِ ، ثم أحق به ألفاً آخر على ما ذكرناه في صورة القولين . فإن قلنا : الزيادة في الدين جائزة ، فلا معنى لدعواه . وإن قلنا :

(١) في الأصل : ولا يصير .

(٢) . المختص : ٢١٢/٢ .

لا يجوز ذلك ، فلو صدقه المرتهن ، فذاك ، وإن كذبه ، فالقول قول المرتهن . وللراهن أن يحلفه ؛ فإن ما يدعيه محتمل .

وقد مهدنا فيما سبق أن جواز التحليف يعتمد الإمكان ، وإنما جعلنا القول قول المرتهن ؛ لظهور الإقرار في ثبوت الرهن بألفين ، وظهور الإقرار ، واحتمال ما قال الراهن ببيع الرجوع إلى قول المرتهن مع يمينه .

ولو ادعى الراهن ما وصفناه ، فقال المرتهن : فسخنا الرهن الأول بالألف ، وأعدناه بالألفين ، وأنكر الراهن الفسخ وادعى الإلحاق من غير فسخ وإعادة ، ففي ١٦٩ المسألة وجهان : أحدهما - أن القول قول المرتهن ؛ فإنه معتمد بالإقرار المطلق الصادر من الراهن ؛ إذ قال أولاً : العبد مرهون بالألفين .

والثاني - أن القول قول الراهن ؛ فإن المرتهن ادعى فسخاً وإعادة ، والأصل عدم ما ادعاه . وكل من ادعى عقداً جديداً ، فهو في مقام المدعين .

٣٥٩٢ - وما يتصل بهذا الفصل أنا إذا منعنا إللحاق الزيادة بالدين مع اتحاد الرهن ، فلو قال الراهن لشاهدين : كان هذا العبد رهناً بألف ، فجعلته رهناً بألفين ، فشهد الشاهدان على لفظه ، ونقلاه إلى مجلس القاضي ، وكان القاضي يعتقد أن الزيادة لا تلحق ، فمعلوم أن اللفظة التي نقلها الشاهدان محتملة لفسخ وتجدد ، ومحتملة للإلحاق ، ففي المسألة وجهان ذكرهما صاحب التقريب : أحدهما - لا يحكم الحكم بكونه رهناً بالألف الثاني ، حتى يتبين له تفصيل الحال . والثاني - أنه يلزمه والدليل عليه أنهم لو شهدوا على بيع مطلق ، حمل على الصحة في ظاهر المذهب . مع اختلاف العلماء في الصحيح وال fasid من البيوع .

وهذا الذي ذكرناه فيه إذا لم يطلع الشاهدان على سر الحال ، ولكن سمعا من الراهن لفظه المطلق : « إنّي جعلت هذا رهناً بألفين » .

فأمّا إذا علم الشاهدان أنهما ما جدوا عقداً بعد فسخ ، وإنما ألحقا ، وكان الشاهدان يعتقدان أن ذلك لا يجوز ، والزيادة لا تلحق ، فلو أرادا أن يشهدا مطلقاً

وينقلا لفظ الراهن «إنني جعلت هذا رهناً بألفين» فهل لهما أن يشهدوا مطلقاً؟ قال صاحب التقريب: هذا يبني على أن القاضي هل يقبل ذلك؟ فإن قلنا: لا يقبله، فلا نظر إلى إطلاقهما. ثم إذا استفصل القاضي، فصلاً ما عندهما. وإن قلنا: القاضي يقضي بالمطلق من شهادتهما من غير بحث، فعلى هذا هل يجوز لهم إطلاق الشهادة مع العلم بسر الحال؟ فعلى وجهين ذكرهما صاحب التقريب. قال: والأصح أنه لا يجوز الإطلاق.

والأمر على ما قال. وليس للوجه الثاني وجه.

### فِصَنْدِلُهُ

قال: « ولو رهن عبداً قد صارت في عنقه جنابة... إلى آخره »<sup>(١)</sup>.

٣٥٩٣- قد تقدم في كتاب البيع اختلاف القول في بيع العبد الجناني إذا تعلق برقبته أرش جنايته، فلو رهن المالك العبد الجناني وفي عنقه الأرش، فلأصحابنا طريقان: منهم من أجرى القولين في صحة الرهن والقبض، كما تقدم في البيع.

ومنهم من قطع بأن الرهن مردود قولهً واحداً بخلاف البيع، واعتله بأن المرهون لو جنى جنائية مالية، وتعلق أرشهما برقبته، وامتنع السيد من فدائه، عرض على البيع، وبيع في أرش الجنائية. وإذا كان طريان الأرش يتضمن قطع حق المرتهن وتقدم حق الأرش على حقه، فينبغي أن يمنع إيراد الرهن على العبد الذي في رقبته أرش. وإذا امتنع رهن المرهون، فالوجه امتناع رهن الجنائي؛ فإن تعلق الأرش بالرقبة يوثق بها، والمتعلق الأظهر في الحال [لأرش]<sup>(٢)</sup> الرقبة، والدين الذي به رهن يتعلق أصله بالذمة، والتوثيق في حكم تأكيد الأصل، فإذا امتنع رهن المرهون، وجب أن يتمتع رهن الجنائي الذي في رقبته مال.

ولو جنى العبد جنائية توجب القصاص، ففي بيته تصرف للأصحاب، وخرّجوه

(١) ر. المختصر: ٢١٢/٢.

(٢) في الأصل: للأرش.

على أن موجب العمد ماذا؟ وقد مضى هذا مفصلاً في البيع . فإذا جوزنا البيع جواباً على أن موجب العمد القوْد الممحض .<sup>(١)</sup> وجوزنا الرهن في هذه الصورة على هذا القول<sup>(٢)</sup> ، والجريان على أن تعلق الأرش يمنع الرهن ، فلو فرض بعد اتّبام الرهن بالقبض عفو المجنى عليه ، على مالٍ ، أو من غير مالٍ ، ورأينا العفو المطلق مقتضاياً للمال ، فقد اختلف أصحابنا في المسألة : فمنهم من قال : ثبوت المال طارئاً في الصورة التي انتهينا إليها بمثابة جنائيةٍ تطراً على الرهن من العبد المرهون ، ولو كان كذلك ، لم نحكم ببطلان الرهن ، ولكن يثبت حق بيته في الجنائية ، فإن اتفق ذلك ، انقطع الرهن . وإن لم يتفق بسببٍ ، فالرهن باقٍ . كذلك إذا عفا المجنى عليه عفواً يوجب المال .

ومن أصحابنا من قال - وهو اختيار شيخي - نتبين أن الرهن في أصله غير منعقد . ولا شك أن التفريع على منع رهن الجنائي مالية . ووجه الوجه الذي ذكرناه أن الرهن جرى مقترناً بسبب هو الذي أفضى إلى ثبوت المال في المال ، فتبين آخرًا أن السبب المقترناً كان مانعاً . ومن الأصول تنزيل الأسباب إذا أفضت إلى مسبباتها منزلة تحقق المسببات . وليس كالجنائية الطارئة التي لا استناد لها إلى سبب متقدم .

**التفريع : ٣٥٩٤** - إن جرينا على الوجه الأول ، وهو تنزيل ثبوت المال طارئاً منزلة طريان الجنائية ، فلا كلام . وإن أسنداً<sup>(٢)</sup> تبيّن فساد الرهن ، فلو كان العبد احترف بثراً في محل عدوان ، فُرِّهن وأُقْبِض ، وتردّى في البئر متربّ ، فأرشه يتعلق برقبة العبد المرهون المتسبب بالحرق . ثم كيف السَّبَيل فيه على هذا الوجه الذي ذكرناه في العفو عن جنائية الرهن عمداً؟ وجهان في هذه الصورة : أحدهما - أنا نتبين أن الرهن كان فاسداً ، كما تبيّنا الفساد في العفو الطاريء . والوجه الثاني - أن هذا ليس بالعفو ؛ فإن الجنائية واقعة في تلك الصورة والعبد منعوت بكونه جانياً . وليس كذلك حفر البئر ؛ فإنه ليس جنائية واقعة . والفرق لائحة .

(١) ما بين القوسين ساقط من : (ص) ، (ت ٢) .

(٢) كذا . ولعلها من الإسناد (مصطلاح أصولي سبق بيانه) والمعنى هنا : وإن قلنا يتبيّن فساد الرهن . . . إلخ .

فهذا منتهي قولنا في ذلك .

**٣٥٩٥** - ثم إن صبحنا رهنه العبد الجنائي جنائية مالية ، فنجعل السيد مختاراً للداء ، كما إذا باعه ، وفرعنا على نفوذ بيعه ، حتى قال الأئمة : هل يلزم المدعي أمه نقض عليه بيته إذا امتنع ؟ فعلى وجهين لا يخفى توجيههما . وعلى حال<sup>(١)</sup> لا يبطل حق المجنى عليه .

**٣٥٩٦** - ولو باع العبد الجنائي ، وكان معسراً ليس له وفاء بالداء ، فالملذهب الأصح الحكم بفساد البيع ، وتخصيص القولين بما إذا كان السيد متمكناً من الداء . ومن أصحابنا من نفذ البيع من المعسر لحق ملكه ، وأثبت للمجنى عليه الخيار . وما ذكرناه في البيع من ذلك كله جاري في الرهن . فإذا رهن وأقبض ، كان كما لو باع ، ومهما<sup>(٢)</sup> اختلف الأصحاب في / فساد البيع ، فالرهن أحق بالفساد لما ذكرناه في ١٧٠ ي أصل الفصل من اختلاف طريق الأصحاب في تصحيح رهن العبد الجنائي . وإذا جرى التفريع على الفساد ، فلا فرق بين أن يكون أرشُ الجنائي مستغرقاً لقيمه ، وبين أن يكون أقلّ منها ؛ فإن المانع إذا منع التعلق ، فهذا المعنى متتحقق في القليل والكثير ، وهو بمثابة الحكم بفساد بيع المرهون دون إذن المترهن . ولا فرق بين أن يكون الدين في مقداره مثل القيمة ، وبين أن يكون أقل منها .

### فصل

قال : « ولو ارتهنه [فقبضه]<sup>(٣)</sup> ثم أقر الراهن أنه جنى . . . إلى آخره »<sup>(٤)</sup> .

**٣٥٩٧** - إذا رهن مالك العبد العبد ، وأقبض ، ثم أقر بأنه كان جانياً ، والأرش في رقبته ، لما رهنه ، وأنكر المترهن ذلك ، ورام استمرار الرهن له ، نظر : فإن لم يذكر

(١) المراد : على أي حال .

(٢) « مهما » بمعنى : (إذا) .

(٣) زيادة من نص المختصر .

(٤) ر . المختصر : ٢١٢/٢ .

الراهن المجنى عليه ، بل أرسل الإقرار بالجناية ، وتعلق الأرش ، فقوله مردود ؟ فإنه رام إبطال حق التزمه بقوله ، ولم يسنته إلى مستحق ، فلم يبطل الحق الذي ظهر التزامه بقول مبهم بلا ثبت ، وسيتضح هذا في أثناء الكلام ، إن شاء الله .

وإن أسنـد الراهن إقراره إلى مجنـى عليه في نفسه ، أو مـالـه ، فإن كذبه المـقـرـ له ، بطل إقرارـه ، واستمرـ حق [المرـتهـن]<sup>(١)</sup> . وإن صدقـه المـقـرـ له ، فـهـذا مـوضـعـ اختـلـافـ النـصـوصـ وـاضـطـرـابـ الأـقوـالـ .

**٣٥٩٨** - وـحـاـصـلـ ماـ نـقـلـ فـيـ المـذـهـبـ فـيـ تـأـسـيـسـ الفـصـلـ ثـلـاثـةـ أـقـوـالـ :ـ أحـدـهاـ -ـ أـنـ إـقـارـارـ الـراـهـنـ مـرـدـودـ لـمـنـافـاتـهـ موـجـبـ رـهـنـهـ وـإـقـبـاـضـهـ .ـ وـأـصـلـ الشـرـعـ أـنـ يـؤـاخـذـ الرـجـلـ بـسـابـقـ قـولـهـ وـفـعـلـهـ ،ـ فـيـمـاـ يـتـعـلـقـ بـثـبـوتـ الـحـقـوقـ وـبـطـلـانـهـ .ـ وـلـوـ نـفـذـنـاـ إـقـارـارـهـ ،ـ لـأـبـطـلـنـاـ مـقـتضـىـ تـصـرـفـهـ وـإـقـبـاـضـهـ ،ـ وـهـذـاـ القـولـ أـقـيـسـ الأـقـوـالـ .

وـالـقـوـلـ الثـانـيـ -ـ أـنـ إـقـارـارـهـ مـقـبـولـ ؟ـ مـنـ جـهـةـ أـنـ مـلـكـهـ مـسـتـمـرـ فـيـ الـمـرـهـونـ ،ـ وـالـتـهـمـةـ مـنـتـفـيـةـ ؛ـ مـنـ قـبـلـ أـنـ العـاقـلـ لـاـ يـتـسـبـبـ إـلـىـ التـزـامـ مـغـرـمـ فـيـ مـلـكـهـ ،ـ لـإـبـطـالـ حـقـ وـثـيقـةـ لـغـيرـهـ .ـ وـبـيـانـ ذـلـكـ أـنـ الـمـعـتـرـفـ بـهـ أـصـلـ الـغـرـمـ ،ـ وـحـقـ الـمـرـتـهـنـ تـوـثـقـ وـتـعـلـقـ ،ـ فـيـبـعـدـ أـنـ يـلتـزـمـ أـصـلـ الـغـرـمـ لـقـطـعـ تـعـلـقـ .ـ وـهـذـاـ يـنـاظـرـ قـبـولـ إـقـارـارـ الـعـبـدـ فـيـمـاـ يـوـجـبـ عـلـيـهـ عـقـوبـةـ .

وـالـقـوـلـ الثـالـثـ -ـ أـنـ الـمـقـرـ إـنـ كـانـ مـوـسـرـاـ ،ـ نـفـذـ إـقـارـارـهـ ،ـ وـيـلـزـمـ أـنـ يـغـرـمـ لـلـمـرـتـهـنـ قـيـمةـ الـمـرـهـونـ ،ـ لـيـوـضـعـ رـهـنـاـ ؛ـ فـإـنـهـ بـقـولـهـ تـسـبـبـ إـلـىـ بـطـلـانـ حـقـ الـمـرـتـهـنـ .ـ وـإـنـ كـانـ مـعـسـرـاـ ،ـ لـمـ يـقـبـلـ إـقـارـارـهـ ؛ـ فـإـنـ فـيـ قـبـولـهـ إـبـطـالـ حـقـ الـمـرـتـهـنـ ،ـ لـإـلـىـ بـدـلـ .

وـاـخـتـلـافـ الأـقـوـالـ فـيـ قـبـولـ الإـقـارـارـ وـرـدـهـ قـرـيبـ الـمـاـخـذـ منـ اـخـتـلـافـ الأـقـوـالـ فـيـ تـنـفـيـذـ عـنـقـ الـراـهـنـ وـرـدـهـ .ـ وـقـدـ ذـكـرـنـاـ فـيـ ثـلـاثـةـ أـقـوـالـ :ـ أحـدـهاـ -ـ الـفـرـقـ بـيـنـ الـمـوـسـرـ وـالـمـعـسـرـ .ـ وـالـعـتـقـ عـلـىـ رـأـيـ مـنـ نـفـذـهـ يـعـتـمـدـ الـمـلـكـ .ـ وـالـإـقـارـارـ عـنـدـ مـنـ يـنـفـذـهـ يـعـتـمـدـ الـمـلـكـ أـيـضاـ ،ـ وـاـنـتـفـاءـ الـتـهـمـةـ .

وـلـهـذـاـ التـفـاتـ عـلـىـ اـخـتـلـافـ الـقـوـلـ فـيـ أـنـ الـعـبـدـ إـذـ أـقـرـ بـسـرـقةـ مـالـ ،ـ نـفـذـ الإـقـارـارـ فـيـ

(١) فـيـ الـأـصـلـ :ـ الـمـقـرـ لهـ .

وجوب القطع . وهل ينفذ في ثبوت المال ؟ فيه تردد أشرنا إليه . وسيأتي تقريره في كتاب السرقة ، إن شاء الله تعالى .

وعبر الأئمة عن هذه الأصول بأن قالوا : الإقرار من هو صحيح العبارة إذا انتفت التهمة عنه بالكلية ، وتعلق بما للمقر فيه حق ، فهو مقبول ، وإن تضمن بطلان حق الغير ، كما ذكرناه في ثبوت العقوبة بإقرار العبد .

وإذا اقتنى بالإقرار شيء يتعلق بالإقرار المقبول به ، فهل يقبل الإقرار في قرينة العقوبة ؟ فيه اختلاف قول . وأصل الإقرار مقبول من السيد / لا خلاف فيه ، ولو انفك ١٧٠ ش الرهن ، كان موحداً به ؛ فإن الأصل لا تهمة فيه ، وهو مصادف محل حقه ، وبطلان حق المرتهن قرينة مقتربة بإقرار مقبول الأصل ، وفي نفوذ الإقرار في القرينة التردد الذي ذكرناه .

٣٥٩٩ - ولو أقرَّ الراهن بأنه كان أعتقد العبد قبل أن يرهنه ، ففي إقراره الأقوال الثلاثة . وكذلك لو أقرَّ بأنه كان مغصوباً عنده ، وأنه رهنه متعدياً وكان غاصباً .

ولو باع عبداً وألزم العقد ، ثم جرى بعد لزوم العقد إقراراً من البائع ، لو قدر نفوذه ، لبطل البيع ، ولا تهمة على المقر في ظاهر الأمر ، فقد قطع الأصحاب برد هذا الإقرار في حق المشتري ، وتقرير البيع ؛ والسبب فيه أن إقراره جرى وليس للمقر ملك في ظاهر الحال ، وإقرار الإنسان في ملك غيره مردود ، وليس كإقرار الراهن ؛ فإنه صادف محل ملكه .

وقد ذكر بعض الأصحاب طرد الأقوال في إقرار البائع فيما يتضمن بطلان البيع ، ورمز إليه شيخي في بعض أجوبته ، ثم رجع . وهذا فيما أراه هفوة لا يعتد بها .

وقد يعرض للناظر أن الراهن إذا أقرَّ بكونه غاصباً ، فليس إقراره في محل ملكه على زعمه . وفيه الأقوال .

وقد يقول هذا القائل : إقرار البائع له تعلق ببيعه الذي تعاطاه ، وعهده متعلقة به ، وليس كإقرار مرسلٍ من أجنبي في ملك الغير . ولا اغترار بهذا ، ولا وجه إلا القطع برد إقرار البائع بعد لزوم العقد ، وتخصيص الاختلاف بالرهن .

نعم . في معناه الإجارة : فلو أجر عبده ، ثم اعترف بأنه كان جانبياً ، والتفریع على منع إجارة الجاني قبل الفداء ، فالأقوال تخرج خروجها في المرهون ؛ لأن الإقرار صدر عن مالك الرقة ، فانتظم الترتيب كما ذكرناه .

٣٦٠٠ - وما يتعلّق بتمهيد أصل الأقوال في إقرار الراهن أنه لو أقر بتعلق أرش يقصر مقداره عن قيمة العبد ومبلغ الدين ، فالتهمة في ذلك المقدار تنتفي ، والأقوال الثلاثة تخرج . ولو قلنا . الإقرار ، لأبطلنا الراهن في الزائد ، والتهمة ممكّنة فيه . ولأصحابنا في ذلك الزائد طريقان : منهم من قطع برد الإقرار فيه لتمكن التهمة . ومنهم من أجرى الأقوال الثلاثة في الجميع طرداً للباب .

وهذا ضعيف . وسيخرج عليه في أثناء الكلام تفريغُ ، وعنده يبيّن حاصل القول في أصل الفصل الزائد .

وقد انتهى الغرض في تأصيل الأقوال . وحان التفریع عليها .

٣٦٠١ - فإن قلنا : لا نقبل إقرار الراهن ، فلا بد من فرض دعوى من المقر له ، وبذلك ينتظم الكلام ، والتفریع ، فإذا أصر المقر له على الدعوى ، ورددنا على القول الذي نفرّع عليه إقرار الراهن ، راجعنا المرتهن ، فإن صدق الراهن ، فيباع العبد في أرش الجنائية أو يفدي ؛ فإننا ردّنا إقرار الراهن استبقاءً لحق المرتهن ، فلا يبقى مع تصديقه إلا تنفيذ حكم الجنائية . ثم إذا بيع العبد في الأرش ، وكان المرتهن شرط في البيع رهناً ، فيثبت له في هذه الصورة فسخُ البيع إذا لم يتحقق الوفاء بمشروعه . هذا إذا وافق المرتهن .

١٧١ - فأما إذا أنكر وقد / ردّنا قول الراهن ، فلا بد من تحليف المرتهن إذا طلب المدعي ذلك ، ثم لا يخلو إما أن يحلف أو ينكُل<sup>(١)</sup> ، فإن حلف ، استقر حقه في الراهن ، ويقي الكلام بعد ذلك في أن المقر له هل يغّرم له الراهن المقر ، بسبب أنه بالرهن والإقباض حال بين المجنى عليه وبين حقه من رقة الجنائي . ثم باعترافه أقر بصنعيه . في المسألة قولان سيناتي أصلهما في المغصوب .

(١) نكل : من باب قعد .

والذي ننجزه الآن بناؤهما على ما لو قال صاحب اليد في الدار غصبت هذه الدار من زيد ، لا بل من عمرو ، فالدار مسلمة إلى المقر له أولاً . والإقرار الثاني في حكم الرجوع عن الإقرار الأول ، فتسلم الدار إلى الأول . وهل يغرن المقر للثاني قيمة الدار بسبب إيقاعه الحيلولة بينه وبين الدار بالإقرار الأول ؟ في المسألة قولان .

٣٦٠٢- ثم نعود إلى ما ذكرناه في مسألتنا ، فإن قلنا : لا يغرم الراهن للمقر له شيئاً ، فلا كلام . وإن قلنا : إنه يغرم ، ففي القدر الذي يغرم له طريقان : من أصحابنا من قال : فيه قولان : أحدهما - أنه يغرم أقل الأمرين من الأرث والقيمة . والثاني - أنه يغرم الأرث بالغاً ما بلغ ، وإن زاد على القيمة . وهذا بعينه اختلاف القول في أن السيد إذا أراد أن يفدي عبده الجاني ، فبكم يفتديه ؟ وسيأتي تفصيل ذلك في آخر الديات إن شاء الله تعالى .

هذه طريقة .

ومن أصحابنا من قطع القول بأن الراهن لا يغرم للمقر له إلا أقل الأمرين ، كما لا يغرم سيد المستولدة في فدائها إلا الأقل ، والجامع أنَّ فداء المستولدة ضروري ، لا تعلق له بالاختيار ، فكان بمثابة ما لو جنى العبدُ وتعلق الأرث برقبه ، فقتله مولاه ، وكان الأرث زائداً على القيمة ؛ فلا يغرم المولى إلا القيمة ؛ فإن إتلافه لا ينبغي أن يزيد غرمته على غرم إتلاف الأجنبي .

وإذا وضح هذا ، فالغرم على الراهن بعد تقدم الرهن ، مع الحكم برد إقراره غرم ضروري ، فاتجه القطع باعتبار الأقل .  
هذا كله إذا حلَّنا المرتهن ، فحلف .

ثم لا يخفى أنه يحلف على عدم العلم بجناية العبد . وكل يمين يتعلق بنفي فعل الغير ، فهي على نفي العلم .

٣٦٠٣- فاما إذا نكل المرتهن ، فاليمين على من ترد ؟ على قولين : أحدهما - أنها تُرد على المجنى عليه المقر له ؛ فإن الحق له ، ولو لا حقه ، لقر الرهن ، وانقطع الخصم ، فليقع الرد عليه . والقول الثاني - أن اليمين ترد على الراهن المقر ؛ فإنه

المالك ، وكأنه ينفي حقَّ المرتهن من الرهن ، فارتبطت الخصومة به من هذا الوجه .

### التفریع على القولين :

٣٦٠٤ - فإن رددنا اليمين على المجنى عليه ، نظر : فإن حلف ، ثبت دعواه وانزع العبد من يد المرتهن ، وبيع في حقه ، وليس للمرتهن أن يفسخ البيع الذي شُرط الرهن فيه ؛ لأن الراهن يقول : أنت أبطلت حلقك بنكولك . فإن قال المرتهن : وأنت أقرت أيها الراهن بانتفاء الرهن . فالراهن يقول : لكنك لم تقبل إقراري ، ولم يقبله الشرع ، ولم يبطل الرهن إلا<sup>(١)</sup> بسبب نكولك ، ولم يكن لقولي أثر . وهذا واضح . وإن نكل المجنى عليه المقر له ، لم يكن له أن يغرس الراهن شيئاً ، ويبقى العبد رهناً .

والسبب فيما ذكرناه أنه بنكوله أبطل حقَّ نفسه . ووضوح ذلك يغني عن بسطه .  
هذا إن رأينا ردَّ اليمين بعد نكول المرتهن على المجنى عليه .

فأما إذا قلنا : اليمين ترد على الراهن المقر ، فعلى هذا إن حلف ، سُلِّمَ العبد للبيع . في حق المجنى عليه ، وليس للمرتهن في هذه الصورة فسخ أيضاً ؛ فإنه بنكوله أبطل حق نفسه ، فكانت الإحالة على نكوله . هذا إذا حلف الراهن .

وإن نكل الراهن عن يمين الرد ، فهل للمجني عليه أن يحلف بعد نكول الراهن ؟  
ش ١٧١ قولان / : أحدهما - له ذلك ؛ لأن مصير الحق إليه ، ويستحيل أن يبطل حقه بنكول الراهن ، كما لا يبطل حقه بسبب رجوعه عن الإقرار . والقول الثاني - لا ترد اليمين على المجنى عليه ؛ فإن اليمين في الخصومات ليس لها إلا مرد واحد ، ومتتهاها مردُها . فإذا ثبتت يمين الرد في جانب ، لم تحول عنها . فإن قلنا : لا يرد اليمين إلى المجنى عليه ، نجعل نكول الراهن بمثابة حلف المرتهن ، ونقرر الرهن . ثم يعود

(١) في الأصل ، (ت ٢) : « ولم يبطل الرهن [بزعمك] إلا بسبب نكولك ». وأما (ص) : فقد ضرب على كلمة [بزعمك] وهذا ما رجحناه .

القولان في أن الراهن المقرّ هل يغرس للمقرّ له ؟ من جهة أنه حق الحيلولة ؟ وقد مضى هذا .

وإن قلنا : يرد اليمين على المجنى عليه ، فإن حلف ، ثبت حقه وبيع العبد في الأرش ، وليس للمرتهن خيار الفسخ ؛ فإنه أبطل حقه بنكوله عن اليمين . وقد تمهد هذا .

وإن نكل المجنى عليه عن اليمين ، لم يكن له تغريم الراهن قولهً واحداً ؛ فإنه كان مقتدرًا على رفع الحيلولة ، فلم يرفعها وأكدها ، فإذا كانت الحيلولة محالاً عليه ، لم يثبت له تغريم الراهن المقر .

وكل ما ذكرناه تفريع على أن إقرار الراهن غير مقبول ، والقول قول المرتهن . ثم انشعب الكلام من تحريف المرتهن إلى صور .

٣٦٥ - فأما إذا فرعننا على أن إقرار الراهن مقبول ، فهل يقبل قوله من غير يمين ، أم يحلف ؟ في المسألة وجهان : أحدهما - أنه لا يحلف ؛ من جهة أنه مقر على ملكه وسبب نفوذه إقراره مصادفته ملكه مع انتفاء التهمة ، وهذا المعنى يوجب أن لا يحلف .

ومن أصحابنا من قال : لا بد من تحليفه لتعلق حق المرتهن بمحل إقراره ، فالإقرار مقبول على قاعده ، واليمين معروضة لمكان حق المرتهن .

فإن قلنا : يقبل قوله دون اليمين ، سلم إلى البيع في حق المجنى عليه . وإن قلنا : إنه يحلف ، لم يخل : إما أن يحلف ، أو ينكُل ، فإن حلف ، ثبت الإقرار ، وبيع العبد في الجنائية ، وتخير المرتهن إن كان الرهن مشروطاً في بيع . وإن نكل عن اليمين ، فالمرتهن يحلف ؛ من قبل أن الخصومة بينهما تدور ، وإنما حلفناه لحق المرتهن ، فإذا نكل ، فالرد على صاحب الحق . ثم إن نكل المرتهن ، كان نكوله بمثابة حلف الراهن ، جرياً على القياس الممهد في حكم يمين الرد ، ولا خيار له ؛ فإنه بنكوله أبطل حق نفسه في هذا المكان ؛ فلم يملك الفسخ . لهذا إذا نكل عن يمين الرد .

فاما إذا حلف المرتهن لما نكل الراهن - والتغريع على قبول قول الراهن مع يمينه - فإذا انتهى الأمر إلى ما ذكرناه ، ففي المسألة قولان : أحدهما - أن العبد يقر في يد المرتهن مرهوناً ، وهذا فائدة حلفه . وظاهر القياس هذا . ولا يتوجه غيره .

والقول الثاني - أن العبد يُترَك من يده ، ويُباع في الجنائية ، ولا أثر لنكول الراهن وحلف المرتهن إلا أنه يُغَرِّمَ قيمة العبد المرهون ليوضع رهناً ، وينسب في الامتناع عن اليمين إلى تفويت حق المرتهن ، ولا فائدة على هذا القول لتصوير اليمين والرد ، إلا بثبيت قيمة العبد ووضعها رهناً مكان العبد .

٣٦٠٦ - وما يجب التنبيه له في هذا المتنهي أنا تخيل الأقارب ثلاثة مراتب : المرتبة العليا - إقرار من مطلق فيما يعرف حقاً له ، فهو مقبول ؛ فإنه صادر من مقر<sup>(١)</sup> مطلق فيما يقتضي الظاهر كونه حقه ، وليس يتضمن إقراره إبطالاً لحق غيره . هذه مرتبة وعليها خروج الأقارب الصحيحة .

والمرتبة الأخرى - إقرار في محلٍ هو في ظاهر الظن حق الغير ، ولا ولادة للمقر . فهذا الإقرار مردود ؛ لأنه على الغير ، لا في حقه ، فإن اشتمل الإقرار على ما ينفي التهمة ، فالإقرار قد يقبل في محل انتفاء التهمة ، وهذا يظهر فيه إذا كان حق الغير / ي ١٧٢ يتلف بعقوبة على المقر ، كالعبد يُقر بما يوجب عليه قصاصاً أو حدأ . ولو كان لما وصفناه قرينةً ، ففي نفوذ الإقرار فيها القولان المقدمان ، وهو كإقرار العبد بسرقة مالٍ .

فهذا بيان هذه المرتبة ، مع ما يستثنى منها .

ومن مراتب الإقرار أن يصادف ملكاً فيه حق لازم ظاهراً ، والمقر مطلق في نفسه ، في قبول أصل الإقرار خلاف . فإذا قبلناه ، عدنا فترددنا في أنه يقبل من غير يمين أم مع اليمين ؟ وسبب هذا التردد قيام حق المرتهن .

٣٦٠٧ - ثم إن فرضنا حِلْفاً من المقر ، نفذ الأمر ، ولم يبق للمرتهن إلا الخيار في البيع . وإن فرضنا نكولاً عن اليمين ، رددنا اليمين وترددنا ؛ من جهة أن التغريع على

(١) في (ص) : متعين ، (ت٢) : معتز (بهذا الرسم) .

قول قبول الإقرار . ويبعد في مسالك الأقارب أن يرد لمكان نكولٍ عن يمين ، مع رد يمين ، وبعده علينا أن نعطي أثر اليمين بالكلية ، فقلنا في قولٍ يستخرج العبد من يد المرتهن ؛ فقول الراهن إذن ليس إقراراً ، بل كأنه قولٌ مقبول من يظهر صدقه ، كقول المودع في الرد ، وقول كل مدعى عليه ، ومساق هذا يوجب ثبيت الرهن في يده إذا حلف على خلاف قول الراهن .

وإن قلنا : العبد يستخرج من يد المرتهن ، وإن [حلف]<sup>(١)</sup> ، فقولُ الراهن إقرارٌ في حقه . ولكنه لو حلف ، لأبان بحلفه أن أصل الرهن لم يكن ، فإذا لم يحلف وحلف المرتهن غرّمنا الراهن في حق المرتهن ، كالمعتقى لما انجر إليه من التهمة لما نكل ، فألزم منه القيمة لهذا التخيّل<sup>(٢)</sup> . وهذا ضعيف ، ولكن نقله الأئمة المحققون .

فإن قلنا : يبقى الرهن في يد المرتهن ، فلا كلام ، وإن قلنا : يغrom الراهن له القيمة ، فهل يثبت له الخيار ؟ فعلى وجهين : أصحهما - أنه يثبت ؛ لأنه لم يسلم له الرهن في العبد الذي عينه . والوجه الثاني - أنه لا خيار له ، كما لو سلم العبد المشروط ثم أتلفه ؛ فإنه يتلزم قيمة ولا خيار للمرتهن .

من قال بالأول انفصل عن الإتلاف بأنْ قال : لما أقضه ، فقد وفاه حقه ، وصار وافياً بشرطه ، فانقطع الخيار لذلك . وقول العجاني فيما نحن فيه له انعكاس على أول الرهن ؟ من قبل أنه يُشعر بأن الرهن لم ينعقد .

فليتأمل الناظر تردد الفقهاء عند تركب الموجبات والمقتضيات .

ثم إن قلنا : تقر العين المرهونة في يد المرتهن ، فهل يغrom الراهن للمجنني عليه ؟ فعلى قولين مقدمين ؛ من جهة أنه بنكوله حقَّ الحيلولة بين ذي الحق وبين محل حقه .

ولهذا نظائر ستأتي مشروحة في كتاب النكاح ، إن شاء الله تعالى .

وكل ما ذكرناه تفريع على أن رهن العبد العجاني الذي في رقبته أرضٌ باطل .

(١) في الأصل : « خلف ». ( وهذا عجيب من نسخة الأصل التي لا نقط فيها أصلاً ، إلا أقل القليل ، من الكلمات المشتبهات . فكيف نقطت هذه ؟ ) .

(٢) في (ص) : التخيير ، (ت ٢) : التخيير .

٣٦٠٨- فاما إذا صححتنا رهن الجاني ، والتفریع على أن إقرار الراهن مردود فيما يتضمن بطلان حق المرتهن . فلو قال : قد رهنت وأقبضت ، ثم أقررت إقراراً لا ينافي رهني وإقباضي ، فاقبلوا قولي .

قلنا : اضطرب الأئمة في ذلك ؛ والقول فيه محتمل جداً . وقد تردد الأئمةُ : فقال بعضهم : إقراره بتقدم الجنائية مقبول على هذا القول ؛ فإنه لا منافاة بين تصحيح الرهن والقبض وبين الجنائية ، وهو مطلق أقر بأمرٍ ممكِن في ماله . وليس كما إذا فرعنا على أن رهن الجنائي مردود ؛ فإنه إذا رهن ، وأقْبض ، ثم أقر ، فإقراره يتضمن مناقضة ما قدمه من عقده وإقباضه . فلم يقبل منه في قوله . كما سبق .

وذهب بعض الأصحاب إلى أننا إذا رأينا رد إقراره على قولنا بفساد رهن الجاني - فieriid إقراره على القول بصحة رهن الجاني ؟ فإن قبول إقراره يتضمن نقض يد المرتهن . والرهن إذا انبرم بالقبض ، فمقتضاه لزوم حق المرتهن ، فالراهن المقبض ملزوم إلزام / حق المرتهن . فإذا أتى بما يناقض قوله ومضمون فعله ، رد على قول الرد ، كما يرد إقراره على قول فساد رهن الجاني ؛ من جهة أنه بلفظه في العقد وإقباضه التزم صحته له . فإذا أقر بما ينافي الصحة ، رد إقراره في القول الذي عليه التفريع .

**فَرْعَوْنُ :** ٣٦٠٩- إذا رأينا قبول إقرار الراهن على قول فساد رهن الجاني ، وانتهى الأمر إلى بيع العبد المرهون في أرش الجنائية ، فإذا بعناء ، فلو فضل من ثمنه شيء ، فقد اختلف أصحابنا في ذلك الفاضل ، فمنهم من قال : هو خارج عن هذا الرهن ، لا علقة فيه للمرتهن .

ومنهم من قال : ذلك الفاضل مرهون ؛ فإن إقرار الراهن إنما يقبل في مقدار الأرش .

وهذا يلتفت على ما أجريناه في أثناء الكلام ، من أن الراهن لو أقر بأرش يقصر عن القيمة ، ورأينا قبول إقراره ، فهل نحكم بانفكاك الرَّاهن في الجميع أم نقضي بانفكاكه في مقدار الأرش ؟ فيه التردد الذي سبق . فالقول في الفاضل ملتفتٌ عليه .

ولكن على الناظر فضل تدبر . فإن حكمنا بأن الزائد على مقدار الأرش لا ينفك

الرهن فيه ، فلا وجه لبيعه حتى ينتهي الكلام إلى كونه رهناً أم لا . وإن قلنا : الرهن مردود في الجميع ، فالمصير إلى أن الفاضل رهنٌ بعيد . فما الوجه في تنزيل هذَا الخلاف في الفاضل ؟ قال شيخي أبو محمد : نحن وإن قلنا : الجاني لا يصح رهنه ، فإذا أقر وقبلنا إقراره ، وفضل من الثمن شيء ، فلسنا نقول : إنه بان لنا أن الرهن بطل بإقراره . ولكن كأنَّا قدْمنا حقَّ المقرَّ له بالأرث على حقِّ المرتهن . ولم نجعل الإقرار مبطلاً . فإذا فضل شيء من حقِّ المقرَّ له ، فيبقى حقِّ المرتهن فيه .

وهذا بعيد عن النظم ، والوجه القطع بأنَّا نتبين بالإقرار فساد الرهن . فإنَّ كان الأرث أقلَّ ، نرُّد نظرنا إلى أن بيع ما يزيد على الأرث مرود أو غير مردود . ولا مصير إلى تصحيح البيع ورد الخلاف إلى أن الفاضل رهن أم لا .

### فصل

قال : « ولو جنى بعد الرهن ، ثم برئ من الجنابة بعفوٍ ، أو صلحٍ . . . إلى آخره »<sup>(١)</sup> .

٣٦١٠ - العبد المرهون إذا جنى في يد المرتهن جنائيةً ماليةً ، تعلق الأرث برقبته ، ولم يتضمن ذلك بطلانَ الرهن ؛ فإنه لو فرض عفُّ عن الأرث أو فداءً من المولى ، فالرهن يبقى مستمراً . ولكن إن لم يجر مما أشرنا إليه شيءٌ ، فيباع في الأرث إن كان مستغرقاً لقيمتة . وإذا بيع ، تبين ارتفاع الرهن قبيل البيع ، ولو كان الرهن مشرطًا في بيع ، ثم أفضى الأمر إلى الجنابة والبيع فيها ، فلا خيار للمرتهن في فسخ البيع ؛ فإنَّ الراهن قد وفى بما شرط عليه ، ولا تلزمَه أن يعصم المرهون عن الجنائية ، كما لا تلزمَه عصمتَه من طوارق الحدثان .

فإن قيل : لم قدمتم حقَّ المجنى عليه على حقِّ المرتهن ، وهلاً قلتم : لا يتعلق الأرث برقبة المرتهن لكونها مشغولةً بوثيقة الرهن ؟

قلنا : تكفل أصحابنا في هذَا كلاماً ، فنذكره أولاً . قالوا : حقِّ المرتهن له

محلان العين والذمة ، فإن فاتت العين ، استقل الحق بالذمة . وحق المجنى عليه ناجزاً ينحصر في العين ، فقدم ، كما قدم إزالة النجاسة على رفع الحدث إن كان الماء لا يفي إلا بأحدهما ، فإن لظهر الحدث بدلاً . وقيل : حق المجنى عليه يثبت بأصل الشرع ، فكان أقوى من حق المرتهن الثابت بالعقد .

وهذا تكليف عندي . وقد تتعارض الأقوال ، ولا يعدم الفقيه كلاماً في ترجيع ي ١٧٣ وثيقة/ الرهن . ولو لم يثبت في ذلك إلا القطع بمنع بيع المرهون ، مع التردد في بيع الجاني ، لكان ذلك متنفساً . والوجه ألا نلتزم لهذا الفن أصلاً ؛ فنقول : حق المرتهن في رقبة المرهون لا يزيد على حق المالك . ثم الأرش يتعلق بمحل الملك ، فليتعلق بمحل الرهن . فإن روجعنا في تعليل أصل التعليق ، لم نخض فيه الآن .

### فِي حَدِيثِ الْمُعْلَقِ

قال : « ولو دبره ، ثم رهنه ، كان الرهن مفسوخاً . . . إلى آخره »<sup>(١)</sup> .

٣٦١١ - مقصود الفصل الكلام في رهن المدبر . ونحن نقدم عليه القول في رهن المعلق عتقه بالصفة ، فنقول : رهن العبد المعلق عتقه بالدين الحال جائز ، ثم إن بيع قبل وجود الصفة ، فذاك ، وإن وجدت الصفة قبل البيع ، فهذا يبنتني على أن العبرة في التعليقات بحالة التعليق ، أو حالة وجود الصفة . وقد ذكرنا طرفاً في ذلك كافياً في غرض هذا الكتاب . وسيأتي تفصيل هذا الأصل في الوصايا والعتق ، إن شاء الله تعالى .

ولو رهن المعلق عتقه بدين مؤجل ، فيه مسائل : أحدها - إن تيقن أن حلول الأجل يسبق وجود الصفة ، فيجوز الرهن كما يجوز بالحال .

والمسألة الثانية - أن يتيقن أن الصفة توجد قبل حلول الأجل ، ففي جواز الرهن والحالة هذه وجهان : أظهرهما - المنع . والثاني - أنه يجوز . والوجهان يقربان من

قولين سيأتي ذكرهما في رهن الطعام الذي يسرع الفساد إليه ، بدين مؤجل ، يسبق فساد الرهن حلول أجله . وسيأتي ذلك في مسائل الكتاب ، إن شاء الله تعالى . ووجه الشبه لائح ، فتقدير نفوذ العتق قبل الأجل كتقدير فساد المرهون . وهذا يحتاج إلى تأمل .

٣٦١٢- وإنما يَسْتُدِّ ما ذكرناه من البناء تفريعاً على أن العتق ينفذ عند وجود الصفة ، فيقع النّظر في أن مقصود الوثيقة يزول بنفوذ العتق قبل الحلول .

فأمّا إذا قلنا : العتق المعلق قبل الرهن لا ينفذ في حالة الرهن ، فليس يتأنّى والتفريع على هذا الوجه أخذُ هذا من رهن ما يتتسارع الفساد إليه ؟ فإنما إذا قدرنا ثبوت الرهن ، ورتينا عليه منع نفوذ العتق قبل الأجل ، فقد خرج بنا الكلام عمّا تقدّم . فالوجه أن نقول : إن كنا ننفذ العتق ، نأخذُه من تسع الفساد . وإن كنا نرى أن العتق لا ينفذ لو قدر الرهن ، فالقول في صحة الرهن يخرج على أصل آخر ، وهو أن الراهن صار مدافعاً لعتقٍ صار كالمستحق<sup>(١)</sup> بالتعليق . فهل يصح الرهن ؟ وهذا الآن يخرج على الخلاف الذي سنذكره في رهن المدبر مع القطع بجواز بيعه ، وثمّ يتبيّن حقيقة ما نقول إن شاء الله تعالى .

ومن مسائل التعليق أنه إذا رهن عبداً معلقاً العتق بصفةٍ يجوز وجودها قبل المَحِل ، ويجوز استئخارها عن المَحِل ، ففي جواز الرهن وجهان مرتبان على الوجهين فيه إذا استيقنا تقدّم الصفة على الأجل . وهذه الصورة أولى بالجواز . ووجه الفرق بين .

فهذا تمام ما أردنا ذكره في رهن المعلق عتقه .

٣٦١٣- فأما رهن المدبر ، فنذكر فيه اختلاف طرق الأصحاب ، ثم نرجع إلى النص : فمن أصحابنا من بنى رهن المدبر على القولين في أن التدبير وصية أو عتق بصفة ؟ قال : إن جعلناه عتقاً بصفةٍ ، فهذا الصفة يجوز أن توجد قبل المحل ، ويجوز

(١) في (ص) ، (ت٢) : المستحق .

أن توجد بعده . فجواز الرهن يخرج على قوله رهن العبد المعلق عتقه بصفة يجوز أن توجد قبل المحل ، ويجوز أن تستأثر .

ش ١٧٣ ومن أصحابنا / من قال : يجوز رهن المدبر قولًا واحدًا . وهذا هو القياس ؟ لأن التدبير إن كان وصية ، فالرهن جائز ، وإن كان عتقاً بصفة ، فهو محسوب من الثالث . وحق المرتهن من رأس المال ، فهو مقدم على ما يحسب من الثالث ، غاية ما يُقدر<sup>(١)</sup> أن يموت من عليه الدين ، ولا يختلف إلا هذا العبد ، ولو كان كذلك وكان الدين مستغرقاً لقيمةه ، لصرفنا إلى الدين وأبطلنا العتق . وليس كذلك رهن المعلق عتقه بصفة توجد في حياة المعلق ؟ فإن ذلك العتق لو نفذ في حياة المعلق ، لكان مقدماً على الديون ، فلا تأكّد للعتق في التعليق ، وصار في حكم الاستحقاق ، والرهن تصرف ضعيف منحط عن البيع ، اقضى ذلك تجويزَ البيع ، ومنع الرهن . والعتق الذي يقدر حصوله في المدبر ضعيف ؟ من قبل انحصره في الثالث ، فيقدم الدين عليه .

وقال بعض أصحابنا : رهن المدبر باطل قولًا واحدًا . وهذا هو الذي قطع به الشافعي ؟ إذ قال : « رهنه مفسوخ » والمراد بالمفسوخ الباطل . وهذا يعتاده الشافعي كثيراً .

وهذا القائل يزعم أن التدبير ليس وصية محضة ، فلا يلزم تصحيح الرهن على قول الوصية . وهذه الطريقة وإن كانت توافق النص ، فليس يندرج لي في توجيهها شيء . وكأن الشافعي يعتقد أن التدبير على حال عقد عتاق شرعي ، ولا يطابق هذا مذهبه في جواز البيع ، وجواز الرجوع عن التدبير على الأصح ، والمدبر على الحقيقة عندنا عبدٌ قن ، فإذا مات السيد ، جعلنا عتقه محسوباً من محل الوصايا . وللشافعي في كتاب الصداق كلام في أن المرأة إذا دبرت العبد المصدق ، ثم طلقها زوجها ، فهل يرجع إلى نصف المدبر . فلعلنا نجد ثم بسطة في الكلام . وقد انتهى غرضنا الآن والله أعلم .

(١) في (ص) ، (ت٢) : يتوقع .

## فِصْنَكٌ

قال : « ولو رهنه عصيراً حلواً ، كان جائزأ ، فإن حال إلى أن يصير خلاً أو مزاً... .  
إلى آخر الفصل »<sup>(١)</sup> .

تقرأ « مزاً »<sup>(٢)</sup> وهو بين شدة الخمر وحموضة الخل ، وليس بمسكر على حال .  
وتقرأ « مريأ »<sup>(٣)</sup> . وهذا بعيد ؛ فإن الخمر لا يصير مريأ .

٣٦١٤- فنخوض في غرض الفصل ، ونقول : رهن العصير جائز بالدين الحال .  
فلو رهن العصير وأقبضه ، فاستحال العصير خمراً في يد المرتهن ، فلا تحكم بأن  
الخمر توصف بكونها رهناً أصلاً ، واختلف الأصحاب في العبارة عنها . قال قائلون :  
بطل الرهن لما استحال العصير خمراً ؛ فإن الخمر ليست مالاً ، وما لا يكون مالاً  
لا يكون رهناً .

ثم إذا استحالت الخمر خلاً ، فالخل مرهون ، وهذا القائل يقول : عاد الرهن من  
غير إعادة ، كما زال من غير إزالة ، وليس كما لو فسخا الرهن ؛ فإنه لا يعود ما لم  
يعيده ؛ من جهة أن الرهن زال عن قصد ورضا ، فلا يعود إلا بمثل ما زال به .

ومن أصحابنا من قال : إذا استحال العصير خمراً ، فالرهن موقف لا يحكم  
ببطلانه ، فإن عاد خلاً ، بان أنه لم يبطل . وهذه الطريقة عريّة عن التحصيل ؛ من جهة أن  
لا توقف في أن الخمر ليست مالاً ، والتبيّن إنما يحسن لو كنا نتبين أن الشدة / لم تطرأ . ١٧٤

والطريقة الأولى قاصرة أيضاً عن شفاء الغليل والكشف التام .

والوجه عندنا أن يقال : من اتخذ عصيراً ، وقد تركه إلى أن يصير خلاً ، فإذا  
صار العصير خمراً ، فالخمرة ليست مملوكة ، ولكن لمالك العصير فيها حقٌّ ملكٍ ،

(١) ر . المختصر : ٢١٣/٢ .

(٢) المزا : الحلو الحامض ، فيكون طعمه بينهما ، أو خليطاً منهما (معجم) .

(٣) في (ص) : مراً . والأصل بغير نفط لا في هذه ، ولا تلك . والمري : إدام كالكامغ يؤتدم  
به ، كأنه نسبة إلى المزا ، ويسميه الناس (الكامغ) ، وهو لفظ معرب اسم لما يؤتدم به ، أو  
للمخللات المشهية (المصبح ، والمعجم) .

وإن لم يكن حقيقة ملكٍ ، فهو على حق الملك فيها ، فإذا انقلب خلاً ، كان على حقيقة الملك الآن ؛ من جهة أنه استفاد هذا المال عن اختصاصه بالخمر . كذلك المرتهن له حق اختصاص بالخمر ، وليس ذلك الحق رهناً ، فإذا انقلب الخمر خلاً ، عاد حقه في الرهن لترتبه على ما ذكرنا نظيره في الملك .

٣٦١٥- ولو رهن شاة وسلماها ، فماتت ، فلا شك أن الرهن لا يبقى في الميتة ، وإنما النظر في جلدتها إذا دُبّغت ، فهل تحكم بأن الرهن يعود في ذلك الجلد من غير استئناف عقدِ ؟ فعلى وجهين : أحدهما - يعود الرهن كالخمر إذا عادت خلاً ؛ فإنها تعود رهناً ، كما تقدم .

والوجه الثاني - لا يعود الجلد إذا دُبّغ رهناً ؛ فإنه ليس ينقلب بنفسه مدبوغاً ، بل لا بد من إتيان فعل فيه . وإنما يستقيم العَوْدُ من غير اختيار رهناً إذا كان الانقلاب على هذه الصفة .

ومن غصب خمراً أو جلداً غير مدبوغ ، ثم استحالـت الخمر خلاً ، ودبـغ الغاصـبـ الجلدـ ، فهل يجب عليه ردـ الخلـ والجلـ المـدـبـوـغـ ؟ هـذـاـ منـ القـوـاعـدـ العـظـيمـةـ فيـ الغـصـبـ ، وـهـوـ شـعـبـةـ منـ أـصـلـ يـحـويـ تقـاسـيمـ . وـالـوـجـهـ تـأـخـيرـ جـمـلـتـهـ إـلـىـ كـتـابـ الغـصـبـ . وـالـعـوـدـ إـلـىـ مـاـ يـتـعـلـقـ بـهـذـاـ الـكـتـابـ .

٣٦١٦- فلو باع عصيراً وسلمه عصيراً ، فقد تم العقد ، وتحمل ما يفضي إليه من انتقال العهدة . فلو استحالـ في يـدـ المشـتـريـ خـمـراـ ، فـلـيـسـ يـتـعـلـقـ بـذـلـكـ منـ تـبـدـلـ قـضـاـيـاـ العـقـدـ شـيـءـ فـيـ غـرـضـنـاـ ، وـلـيـسـ كـالـمـرـهـونـ يـسـتـحـيلـ خـمـراـ ؛ فـإـنـ مـقـصـودـ الرـهـنـ مـتـنـظـرـ ، وـهـوـ بـيـعـ الرـهـنـ فـيـ الدـيـنـ عـنـدـ مـسـيـسـ الـحـاجـةـ إـلـىـ ، فـوـقـ الـاعـتـنـاءـ باـسـتـحـالـةـ العـصـيرـ فـيـ يـدـ المـرـتـهـنـ .

وشـبـهـ الأـثـمـةـ بـيـعـ العـصـيرـ وـاستـحـالـتـهـ خـمـراـ فـيـ يـدـ الـبـائـعـ باـسـتـحـالـةـ العـصـيرـ خـمـراـ فـيـ يـدـ المـرـتـهـنـ ؛ فـإـنـ الـبـيـعـ لـزـمـ بـأـنـفـاءـ الـخـيـارـ عـنـهـ ، وـلـاـ يـتـوقـفـ لـزـوـمـهـ عـلـىـ الإـقـبـاـضـ . وـلـكـنـ اـنـتـقـالـ الضـمـانـ وـنـفـوذـ التـصـرـفـ مـنـتـظـرـ بـعـدـ ، فـقـالـ الأـثـمـةـ إـذـاـ اـسـتـحـالـ العـصـيرـ خـمـراـ فـيـ يـدـ الـبـائـعـ ، ثـمـ اـسـتـحـالـتـ الـخـمـرـ خـلاـ ، فـالـعـقـدـ قـائـمـ ، وـالـقـولـ فـيـ اـنـقـطـاعـهـ وـعـوـدـهـ ، أـوـ فـيـ

وقف الأمر فيه على نحو ما قررناه في المرهون بعد القبض ، وقال القاضي : النص ما ذكرناه في الرهن والبيع وهو الأصل .

وكان لا يمتنع في القياس أن نقول : العصير المبيع إذا استحال خمراً ، والخمر ليست بمالٍ ، فالعقد قد عدم مورده ومحله ، فإذا انقلبت الخمر خلاً ، فالقياس أن نجعل هذا على قياس عَوْدِ الحِنْثِ فيه إذا علق الرجل طلاقاً أو عتقاً ، ثم بت النكاح ، وأزال الملك عن الرقبة ، ولو فرض عَوْدُ بعْقِدٍ ، ففي حكم التعليق السابق في الملك والنكاح اللاتحقين قولان مشهوران .

ووجه التشبيه أن العقد في استحالة العصير خمراً على حالة ، لو فرض ابتداء العقد ، لم يثبت لانعدام المحل ، لا لعجز أو غيره من الموانع . والأمر على هذا الوجه في عود الحِنْثِ ، فإن النكاح انتَ ، وكذلك الملك ، ولم يبق محلٌ يفرض فيه نفوذ طلاق أو عتق . ثم كان في العَوْدِ ما ذكرناه .

فإن كانت الخمرة / تستحيل بنفسها ، واعتقد المعتقد ذلك فرقاً ، فهذا لا يعارض ش الفقه الذي ذكره القاضي من تحقق انعدام المحل ، ولكنه لم يذكر هذا إلا منبهأً على طريق المعنى . والمذهب ذاك الذي نقلناه<sup>(١)</sup> .

وكل هذا في استحالة العصير بعد القبض .

٣٦١٧- فأما إذا استحال العصير خمراً قبل القبض ، فإن جرى الإقلاض على الشدة ، فالقبض فاسد .

ولو استحالت خلاً ، فلا عود للرهن ؛ فإن الركن الأعظم جرى على الفساد . وهو كما لو رهن الخمرة المحترمة ، ثم استحالت ، فالعقد على الفساد ، ولا ينقلب إلى الصحة بسبب انقلاب الخمر . ولو استحال العصير خمراً قبل القبض ، وانقلب خلاً قبل القبض ، فهل يفسد الرهن فساداً لا يعود بالانقلاب إلى الحموضة ؟ فعلى وجهين : أحدهما - يفسد لانعدام المحل في حال جواز الرهن وضعفه ؛ إذ هو غير منتهٍ إلى اللزوم بعد .

والثاني - يعود العقد ، كما ذكرناه بعد القبض .

(١) في (ص) ، (ت ٢) : ذكرناه .

وهذا الوجهان يقربان من الأصل الذي مهنه في موت الراهن قبل القبض وجنونه .

٣٦١٨ - وألحق الشيخ أبو علي بهذا الأصل ما لو رهن الرجل عبداً ، فجني قبل القبض ، وتعلق الأرش برقبته . وقلنا : رهن الجناني فاسد . وقد ثبت أن طريان الجنائية بعد القبض لا يفسد الراهن ، ولكن يثبت حق رفعه بالبيع في الجنائية . فإذا فرض ذلك بعد تأكيد الراهن بالقبض ، ففي ارتفاع الراهن وإنفاسه وجهان .

وهذا الذي ذكره الشيخ أبعد من انقلاب العصير خمراً ؛ فإن العبد وإن جنى ، فهو قائم والملك فيه دائم .

وقد يلزم على هذا المساق تخريج وجهين فيه إذا أبقي<sup>(١)</sup> العبد المرهون قبل القبض ، وانتهى إلى حالة يمتنع ابتداء الراهن فيه . ويجوز أن يُتخيل فرق من جهة أن الجنائية بعد القبض تؤثر في الراهن ، والإباق لا يؤثر بعد القبض .

إذا كان أخذ هذه المسائل من طريان الجنون والموت ، فليس الإباق بعيداً إذا فرض طريانه قبل القبض عن التردد ، وتقدير الخلاف .

إذا بان ما ذكرناه في استحالة العصير خمراً قبل القبض ، فإن قلنا : ينفسخ الراهن ، ولا يعود ، فإذا جرى الإباض على الشدة ، فالقبض فاسد ، والراهن منفسخ ، ولا توقع في العَود على الوجه الذي عليه نفرع ، فاستحالة الخمر خلاً بعد ذلك لا أثر له . فإن أعادا عقداً بعد الحموضة ، لم يخف حكمه .

إن قلنا : لا ينفسخ الراهن إنفاساً لا يعود ، فإذا جرى القبض على الشدة ، فالقبض فاسد ، فإذا استحالت الخمر خلاً ، فعقد الراهن باقٍ ، والذي جرى ليس بقبضٍ ، فلا بد من قبض بعد الحموضة . وإذا ورد العقد على يد ، ففي تضمن العقد الإباض كلامٌ مضى . فاما إذا أردنا إثبات قبضٍ مجدد على يد مستدامٍ ، فلا بد من إقباضٍ من طريق الصورة . فلو قال : اقبضه لنفسك ، ففيه خلافٌ ، قدّمه في كتاب البيع . وهذا ذاك بعينه . ولو قال أمسكه لنفسك ، لم يكن إقباضاً .

إذا جوزنا له أن يقبض لنفسه بنفسه ، فلا بد من صورة نجريها يقع مثلها قبضاً

(١) أبقي : من باب ضرب في الأكثر ، وتأتي من بابي تعب وقتل . (المصباح والمجم ) .

ابتداء ، هكذا ذكره الأئمة وصرّحوا<sup>(١)</sup> .

وذكر صاحب التقريب أن الإذن في الإمساك ، واليد دائمًا يخرج على أن العقد هل يتضمن إقباضاً ؟ ثم رجح ، فقال : هذا أولى ؛ فإنه يعرض لنفس القبض . فإذا كان نجعل ضمن / العقد إقباضاً ، فلأن نجعل الإذن في الإمساك قبضاً أولى .  
١٧٥ ولهذا قياس لست أنكره . ولكن صرح الأئمة بخلافه .

هذا تمام البيان في هذا الفصل . ثم وصل الشافعي بهذا الفصل تخليل الخمر والمعالجة في استعجال الحموضة . وذكر الأصحاب بهذا الفصل هاهنا فتائسي بهم .

### فِصْنَابُ الْخَمْرِ

٣٦١٩ - الخمر تنقسم إلى خمرة غير محترمة ، وإلى خمرة محترمة ، فاما التي لا تحترم ، فهي التي اتخذها المالك لتكون حمراً ، فههذه الخمرة غير محترمة ؛ وتعين الإراقة على أهلها ، وإذا التمسوا أن يكتفى بإيقاع الحيلولة بينهم وبينها حتى تتخلل بأنفسها لم نُجبهم إلى هذا ، وعجلنا إراقتها ، وهذا مشعر باستحقاق الإراقة فيها ؛ فإنما إن عولنا على محاذير مخامرتهم لها ، وعدم الأمان بهم فيها ، فالحيلولة تحسم هذه المادة وتقطعها ولا اكتفاء بها ، فوضح أنها مستحقة الإراقة .  
فلو لم يتفق إراقتها حتى استحالت خلاً من غير علاج ، ولا تسبب ، فالخل مالٌ ، ولا خلاف أنه لا يراق على صاحبه .

فنقول : الخمر وإن كانت مستحقة الإراقة ، فقد انعدمت الشدة ، وكأن تيك العين قد زالت ، والخل رزق جديد . لهذا متفق عليه .

٣٦٢٠ - ولو خلل مخلل هذه الخمرة التي وصفناها بكونها مستحقة الإراقة ، نظر : فإن طرح فيها عيناً من ملح ، أو خل ، أو غير ذلك ، فانقلبت خلاً ، فهو نجسٌ محرّم . وعلل بعض أصحابنا ذلك بأن العين الواقعه في الخمر تنجست بمقابلاتها ، فإذا

(١) كذا في النسخ الثلاث بدون ذكر متعلق التصريح . وهو إيجاز بالحذف يجري أحياناً في أسلوب الإمام .

انقلبت الخمر خلاً ، نجسته تيك العين المتنجسة بمقابلة الخمر .

وهلذا قول غير صادر عن فكري قويم ؛ فإنه لا معنى لتجيس العين إلا اتصال أجزاء الخمر بها ، وجواهر تلك العين على الطهارة ، فإذا انقلبت الخمر خلاً ، فمن ضرورة ذلك أن تنقلب تلك الأجزاء التي لاقت العين الواردة على الخمر ؛ فلا حاصل إذن لذلك ، والتعويل في تحريم التخليل كما ذكرناه في (الأساليب) .

هذا قولنا في التخليل بطرح شيء في الخمر ، والحكم متفق عليه ، والتعويل على تحريم التخليل .

٣٦٢٠ - ولو لم يطرح في الخمرة المستحقة الإراقة شيئاً ، ولكن نقلت إلى ظل أو شمس ، وكان ذلك سبباً في المعالجة ، ومعاجلة تحصيل الحموضة ، فإذا زالت الشدة ، ففي المسألة وجهان بناهما بعض الأصحاب على التردد الذي ذكرناه في التعليل في المسألة الأولى . قالوا : إن عللنا بالنجاسة ، فهذا المعنى مفقود هاهنا ؛ لأنه لم يطرأ على الخمرة ما ينجز بها ، وإن عولنا على التحرير ، فالتحليل عبارة عن التسبب إلى إكساب الخمر الحموضة . وهذا المعنى يحصل بالتشميس ، والنقل . ولا حاجة إلى هذا البناء ؛ فإن فصل<sup>(١)</sup> النجاسة باطل قطعاً . وإن اعتمد أبو يعقوب<sup>(٢)</sup> وطائفة من أئمة الخلاف . ولكن توجيه الوجهين في التشميس والنقل يهون من غير بناء ، فأحد القائلين يتمسك بقصد التخليل وقد حرمه النبي عليه السلام في الخمرة المستحقة الإراقة ، ولما قال أبي طلحة في خمور الأيتام : أخللها ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا » . ولم يتعرض للتفصيل في التخليل<sup>(٣)</sup> ، فهذا وجه .

(١) المراد بفصل النجاسة : التعليل بنجاسة ما يطرح فيها عند ملاقاته عينها ، وليس الفصل الحسي ؛ فالمعنى أنه يجري في هذه الصورة وجهان من غير بناء على التعليل بالنجاسة .

(٢) أبو يعقوب : هو أبو يعقوب الأبيوردي .

(٣) حديث أبي طلحة : رواه أحمد : ١١٩ / ٣ ، ١٨٠ ، ٢٦٠ ، وأبو داود : كتاب الأشربة ، باب ما جاء في الخمر تخلل ، ح ٣٧٥ ، والترمذى : البيوع ، باب ما جاء في بيع الخمر والنهي عن ذلك ، ح ١٢٩٣ ، وأصله في مسلم : الأشربة ، باب تحريم تخليل الخمر ، ح ١٩٨٣ ، وانظر التلخيص : (٤) ٨٢ / ٣ ح ١٢٤٠ .

والوجه الثاني أن [الخل]<sup>(١)</sup> يحلّ اعتباراً بالإمساك<sup>(٢)</sup>.

ثم لو فرض إمساك الخمر المستحقة الإراقة على قصد التخليل ، فتخللت ، المسألة وجهان أيضاً بالترتيب على الوجهين في النقل والتسميس ، وهذه الصورة أولى بالحل<sup>(٣)</sup> ؛ من جهة أنه لم يوجد فيها فعل ، والقصد المجرد يبعد أن يحرم .

ولو اتفق لُبُث من غير قصد إليه ، فاستحالـت الخمر في تلك المدة ، فالخل حلال بلا خلاف / ؛ لما قدمناه في صدر الفصل .

١٧٥ ش

فهذا بيان الخمرة التي ليست محترمة .

٣٦٢١- فأما الخمرة المحترمة وهي خمرة الخل . وتصوير ذلك أن اتخاذ الخل جائز بلا خلاف ، والعصير لا ينقلب من الحلاوة إلى الحموضة من غير توسط الشدة ، فإذا انقلبت خمراً ، فلا سبيل إلى إتلافها ؛ إذ لو أُتلفت ، لما تصور اتخاذُ الخل .

وهذى بعض الناس فقال : نُضرب عنها ، فإن عثرنا عليها خمراً ، أرقناها ، ولم يصر إلى هذا أحد من أئمة المذهب ، وإنما هو من ر Cobb أصحاب الخلاف . ثم كان يستد<sup>(٤)</sup> لهذا في حق من يأمر بالمعروف ، فمن يتخذ الخل في نفسه يعلم انقلاب العصير خمراً ، ويفطن لدرك رائحتها ، وهو مقرٌّ عليها ، فلا اعتداد بأمثال هذا .

وذكر الشيخ أبو علي في الفصل كلاماً أُخره عن ترتيب المذهب ، ثم آتي عليه . والقدر الذي فيه اكتفاء أن هذه الخمرة غير مرارة على أصحابها ، وإذا استحالـت خلاً بالإمساك ، فالخل طاهرٌ محترم . وكذلك تكون الخلول .

ولو استعجل صاحب الخمر وخلل ، نُظر : فإن كان التخليل بـالقاء شيء من ملح أو غيره ، فظاهر المذهب منعُ هذا ، وإذا فعل ، فالخل على وجوب المنع محـرـم ،

(١) في الأصل : الخمر .

(٢) في هامش (ت ٢) حاشية : « وأوضح هذا التعليـل في البسيط بأنه لم يتقبل فعله بعين الخمر ، وبهـذا لا يعد معالجة » .

(٣) في (ص) : بالخل ، (ت ٢) : بالتخليل .

(٤) في (ص) : يشتـد . ومعنى يستـد : يستـقيم . وهذا اللـفـظ من مأثور الإمام ومفرـداته التي يـكـثـرـ من استـعمالـها .

ويشهد له حديث أبي طلحة ، فإنه سأله رسول الله صلى الله عليه وسلم عن خمور الأيتام ، وما كانت اتخذت إلا واتخاذها جائز ، ثم نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن تخليلها .

ومن أصحابنا من قال : يحل التخليل في الخمر المحترمة ؟ فإنها ليست مستحقة الإراقة ، وهذا القائل يجيب عن حديث أبي طلحة ، ويقول : أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بياراقتها ، والخمرة المحترمة لا تراق بالإجماع ، فلعل تلك الخمرة كانت اتخذت بعد التحرير ؛ فإن العصير ينقلب في يوم في حر العجاز خمراً ، ولعل هذا كان والأمر على التشديد ، كما يدعى أصحاب أبي حنيفة . وللناظر في هذا مجال على الجملة .  
ولا مبالغة إن جوزنا التخليل بما ذكره أبو يعقوب من فصل النجاسة . هذا إذا كان التخليل بالقاء شيء في الخمرة المحترمة .

فاما إذا كان التخليل بالنقل من شمس إلى ظل ، أو من ظل إلى شمس ، فالذهب جواز ذلك ، وإلحاقه بالإمساك .

وذهب طائفة من أئمة المذهب إلى تحرير ذلك ، وإلحاقه بالتخليل المحرم .  
وهذا رديء مخالف لما درج عليه الأولون فعلاً ، ولم يُذَدَّ عليهم نكير .

وكان شيخي أبو محمد يقول : إن طرح في العصير ملحٌ ، وكان سبباً لتعجيل التخليل ، فيه تردد بين الأصحاب ، وهو في معنى النقل . وهذا عندي بعيد ؛ فإن المعالجة لم تصادف خمراً .

وسمعته مرة يقول : تلك الأعيان لا حاجة إليها فتنجس بالخمر ، ثم لا يزول حكم النجاسة عنها ، بخلاف نجاسة الظروف . وهذا تردد على طريقة أبي يعقوب ، وهي في أصلها باطلة ، والتفریع عليها باطل ؛ فإنما لو التزمنا تمحيص العصير ، لنقيناها من العناقيد ، والتجير<sup>(١)</sup> ، والتزمنا تصفيته جهدنا عن الأقداء ، وهذا أمرٌ طويل لا يستربب محصل في حينه عن سمت الشريعة .

(١) التجير : ثُقل كل شيء يعصر ، كالعنبر وغيره (معجم) .

نعم لو وقع شيء في الخمرة من غير قصد ، فقد رأيت فيه ترددًا لبعض الأصحاب إذا منعنا التخليل .

٣٦٢٢ - وقد نجز التفصيل في التخليل ، وحان أن نذكر ما وعدهنا من كلام [للأصحاب]<sup>(١)</sup> خارج عن ضبط المذهب ، وذلك في صورتين : إحداهما - أن العناقيد إذا استحالت أجوفها إلى الشدة ، والحبات متصلة / بالعساليج<sup>(٢)</sup> ، فقد ذكر القاضي ١٧٦ ي وطائفه من الآئمة ووجهين في جواز بيعها ، وطردوا هذا الخلاف في بيع البيضة التي حال مُحْكها وماحُكها دمًا وهو إلى الانقلاب إلى تخليل الفرج . ومن ذكر هذين الوجهين لم يخصهما بحال من يقصد اتخاذ الخل ، حتى يحمل على الحرمة . نصّ عليه القاضي ، ولم يفرض المسألة إلا فيمن يتخذ الخمر ، ثم روج في نجاسة أجوفها ، فتوقف ، وهذا عظيم ؛ فإن متضمنها الخمر الشديدة . ولا يليق بقاعدتنا أن ننفي حكم النجاسة بما في بواتنها ، ثم نقول : لو اعتصرت ، صارت نجسة ، والانفصال لا يتضمن ثبيت النجاسة .

وهذا يوافق مذهب أبي حنيفة<sup>(٣)</sup> ، إذ قال : الدماء في العروق في خلل اللحم ليست نجسة ؛ فإذا سفح وزايل ، اكتسب النجاسة ، وزعم أنه تمسك في هذا بظاهر قوله تعالى : « أَوَدَمَا مَسْفُوحًا » [الأنعام : ١٤٥] وهذا مخصوص بالدم ، فلا وجه لهذا إذن ، ولا خروج للخلاف في البيع إلا على أمر وهو أن البيضة ظاهرها ظاهر ، والنجلسة مستترة بالقيض<sup>(٤)</sup> استثار خلقة ، والبيضة في نفسها صائرة إلى رتبة الفرج ، فكان ابتياع البيضة وحشوها الدم كابتياع العصفورة وحشوها النجلسة ، فاعتمد البيع مقصود البيضة ، وظهورها الظاهر . والعنقود ظاهر وحشو نجلسة مستترة ، وهي إلى الحموضة .

إإن قيل : قد فرضتموها في حال من يقصد الخمر ؟ قلنا : نعم ولكن العادة جارية بأن من يبغي الخمر يعتصر ، ولا يصب في الدنان إلا العصير ، فإن الشجير وغفوسته

(١) في النسخ الثلاث : « من كلام الأصحاب خارج ». ولعل لها وجهاً في اللغة لا أعرفه .

(٢) جمع عسالج وعسلوج . وهو ما لأن وأخضر من قصبان الشجر والكرم . (معجم) .

(٣) ر. أحكام القرآن للجصاص : ٣٠٣/٢ ، البحر الرائق : ٢٤١/١ .

(٤) القيض : القشرة العليا للبيضة .

تفسد شدة الخمر ، فإذا وجدنا العناقيد ، لم نعول على قصد المتخذ إذا كان ما وجدناه مائلاً عن عادة من يقتني الخمور . وهذا القائل يقول : لا نجوز إتلاف العناقيد على أربابها ؛ إذ يستحيل الجمع بين جواز بيعها وبين جواز إفسادها . وليس كالمرتد بيع ؛ فإن قتله غير مستحق ، ولكنه مدعون قهراً إلى الإسلام ، بالتعنيف . والقتل المستحق قد يمنع صحة البيع في العبد الذي استوجب القتل في المحاربة . وقد ذكر بعض الأصحاب منع البيع في المرتد ، كما قدمته .

فهذا تلخيص القول في ذلك .

فإن قيل : أليس اختلف الأصحاب في جواز الصلاة مع البيضة المذرة ، فهلا فهمتم من هذا الاختلاف التردد في نجاسة حشو البيضة ؟ قلنا : جواز الصلاة مأخوذه من الاستمار الخلقي المشبه باستمار النجاسة بالحيوان . وقد طرد بعض الأصحاب الخلاف في جواز الصلاة مع حمل قارورة مصممة حشوها نجاسة .  
هذا بيان إحدى الصورتين .

٣٦٢٣- الصورة الأخرى في الخمرة المحترمة ، كما سبق وصفها - قطع الأصحاب بأنها ليست مالاً ، ولا تضمن إذا أتلفت ، وليس على متلفها إلا التوبیخ والتأديب ، على ما يراه صاحب الأمر . وذكر الشيخ أبو علي ترداً في بيعها ، وترددًا في طهارتها وهي خمرة مشتبه محرّمة ، وهذا خرم المذهب ، ومصادمة القاعدة . وما ذكرناه من استحاللة العصير خمراً ، وارتفاع الرهن ، وعوده إذا صارت الخمر خلاً ، والفصل بين ما قبل القبض وبعده ، يخالف جواز بيع الخمر ، فلا وجه لهذا . وإنما التردد في مسألة العنقود . وفيها من الإشكال ما تقدم .

والوجه القطع بمنع بيعها أيضاً ، لنجاسة أجوفها ، وليس هي حيواناً ؛ فإن الحيوان لاختصاصه بالحياة ممتاز عن النجاسات المجاورة له ، والبيضة والعنقود وإن ش ١٧٦ انتظمت ظواهرها وبواطنها خلقة ، فإذا بيعت بجملتها ، فلا تمييز لبعضها عن البعض بالحياة والجمادية ، فالبيع فيها ممتنع ؛ وأيضاً فإن المقصود منها أجوفها وحشوها نجس ، والمقصود من الحيوان نفسه .  
فهذا تمام ما يحضرنا في بيان ذلك .

## فِصَانِي

ولو قال : « رهتكه عصيراً ، فصار في يدك خمراً . . . إلى آخره »<sup>(١)</sup> .

٣٦٢٤- إذا اختلف الراهن والمرتهن في عيب ثابت ، فقال الراهن : حدث العيب في يدك ولا خيار لك . وقال المرتهن : حدث العيب في يدك أيها الراهن ، وقد اطلع على الآن ، فأرده وأفسخ البيع الذي شرطتُ هذا الرهن فيه ، فالقول قول الراهن ؛ قياساً على اختلاف البائع والمشتري في قدم العيب وحده ؟ فإذا كنا نجعل القول قول البائع استداماً للعقد ، فلنجعل هاهنا القول قول الراهن استداماً للرهن والبيع الذي الرهن شرطٌ فيه . وهذا واضح .

ولو كان رهن عصيراً ، فرأيناه خمراً في يد المرتهن ، وقد اختلف الراهن والمرتهن ، فقال الراهن : أقبضتك العصيراً ، فانقلب خمراً في يدك . وأنا قد وفيت بالشرط ، ووفيت المشروط . وقال المرتهن : أقبضتني الخمر وكانت الاستحالة إلى الشدة في يدك ، فالقول قول من ؟ هذا يبني على ما مهدناه من أن الإقلاض على الشدة فاسد .

وقد اختلف الأصحاب في أن العصير إذا استحال خمراً في يد الراهن ؛ هل ينفسخ الرهن ؟ وقد مضى ذلك الآن . فالراهن يدعى استقرار الرهن ، والمرتهن يأبى ذلك . ففي المسألة قولان : أحدهما - القول قول الراهن ؛ لأنه ادعى إقباضه عصيراً ، والأصل بقاوئه على صفة الحلاوة . والقول الثاني - أن القول قول المرتهن ؛ فإن الراهن يدعى عليه أنه قضى قضاً صحيحاً ، وهو منكر للقبض ، والأصل عدمه ، ولا حكم للقبض الذي اعترف به ؛ فإنه فاسد ليس قضاً شرعاً ، فكان لا قبض . وقيل : القولان يقربان من اختلاف الأصحاب في حد المدعى والمدعى عليه ، كما سيأتي في الدعاوى .

ومن أصحابنا من قال : المدعى من يدعى أمراً خفياً ، والمدعى عليه من يذكر أمراً

جلياً . ومنهم من قال : المدعي من لو سكت ترك والسكوت ، والمدعي عليه من لا يترك وسكته . ووجه التخريج أن المرتهن لو سكت ترك ، فهو المدعي إذا ، والقول قول الراهن ؛ فإنه لو سكت لم يترك .

وإن قلنا : المدعي من يدعى أمراً خفياً ، فالمدعي هو الراهن إذا على هذا ؛ فإن يدعى القبض المبرم ، والأصل عدمه . والمرتهن يدعى عدم القبض وهو الأصل .

ولو قال المرتهن : كنت شرطت الراهن ، وقد رهنتني خمراً إذ رهنتني . وقال الراهن : بل رهنتك عصيراً . وهذه المسألة مفروضة فيه إذا شرطا رهناً معيناً ، وفرض الوفاء به ، ثم قال المرتهن : العين التي شرطنا رهنها كانت خمراً . وقال الراهن : بل كانت عصيراً ، فهذا يتنبأ على أن شرط الراهن الفاسد هل يفسد البيع ؟ وفيه قوله سيأتي ذكرهما .

فإن قلنا : إنه لا يوجب فساد البيع ، فالتنازع في الوفاء بالشرط ، وعدم الوفاء به يخرج على القولين ، والاختلاف في حالة القبض . وهذا بین .

وإن قلنا : شرط الراهن الفاسد يفسد البيع ، فالذى قاله نزاع في فساد البيع وصحته ، وقد ذكرنا اختلاف أصحابنا فيه إذا اختلف المتعاقدان في شرط مفسد ، فادعاه أحدهما ونفاه الثاني . وقد استقصينا القول فيه في باب اختلاف المتابعين .

**فِيْ :** ٣٦٢٥- سئل عنه القاضي فقيل : إن<sup>(١)</sup> اشتري لينا في قممة ، فصب البائع في قممة للمشتري ، فعلته فأرة<sup>(٢)</sup> ، فاختلفا ، فقال المشتري : بعنتي اللبن طاهراً<sup>(٢)</sup> ي ١٧٧ فوقعت / فيه فأرة . وقال البائع ، لا بل كانت الفأرة في قممتك .

فكان من جوابه أن قال : هذا يخرج على القولين في إقراض الخمر والعصير ؛ فإن المشتري يقول : أقبضتني نجساً ، والبائع يقول : بل أقبضتك طاهراً ، وحصلت النجاسة في يدك من قممتك .

ولو قال البائع : كانت هذه الفأرة في قممتك . وقال المشتري : بل كان اللبن

(١) في (ت٢)، (ص) : « فقال : من » .

(٢) طاهراً : أي على شرط الطهارة .

حالة العقد نجساً لكون الفأرة فيه . فهذا نزاع في أن العقد عقد على الفساد أم لا ؟ وهو مناظر اختلاف المتبایعين في فساد العقد ، كما ذكرناه .

هذا جوابه . وتفصيله :

فإن قيل : إذا قال المشتري في الصورة الأولى : تنجز اللbin في يدك ، فهو ادعاء انفساخ البيع . قلنا : نعم هو كذلك ، والعصير إذا استحال خمراً ، فهل نحكم بانفساخ الرهن .

فإن قيل : إذا كانت التجasse في ظرف المشتري ، فاللbin ينجس بمقابلة التجasse ، فليس ما ادعاه البائع إقاضاً على الصحة . قلنا : ليس كذلك ؟ فإن اللbin إذا حصل في فضاء الطرف ، ثبت له حكم القبض جزءاً جزءاً ، قبل أن يلقى التجasse . هذا بيان قوله .

فلينظر الناظر في ذلك .

### فضيحة

قال : « ولا بأس أن يرهن الجارية ولها ولد صغير ؛ لأن هذا ليس بتفرقة . . . إلى آخره »<sup>(١)</sup> .

٣٦٢٦- التفرقة في البيع بين الأم وولدها الصغير حرام ؛ قال النبي عليه السلام : « لا تُوله والدة بولدها »<sup>(٢)</sup> . ثم إن بيعت الجارية دون الولد ، أو بيع الولد دون الجارية ، وارتكب المتعاقدان محظور التفرقة ، ففي صحة البيع قولان ، سيأتي ذكرهما في كتاب السير ، إن شاء الله تعالى ، وفيه ذكر حد الصغر المؤثر ، والتفريق

(١) ر . المختصر : ٢١٤/٢ .

(٢) حديث : لا توله : أخرجه البيهقي في السنن : ٥/٨ من حديث أبي بكر بسنده ضعيف ، وأبو عبيد في غريب الحديث : ٣/٦٥ . والتوليه أن تفارق الأم ولدها . من ولأه الوالدة فرق بينها وبين ولدها .

وقد صح في معنى هذا الحديث أحاديث أخرى ( ر . التلخيص : ٣٦/٣ ، ٣٧ ، ١١٧٣-١١٧٠ ) .

المؤثر بين الوالد والولد ، ثم بين جميع المحارم .

وقد رغبنا الآن أن صحة البيع الواقع على حكم التفرقة فيها قولان : أحدهما - وهو الجديد أن البيع باطل . والثاني - وهو القديم أن البيع صحيح .

قال الشافعي : لو رهن الأم دون ولدتها أو على العكس ، فالرهن صحيح ؛ لأن ذلك ليس بتفرقة بينهما .

واختلف أصحابنا في معنى هذا اللفظ ، فمنهم من قال : معناه أن الرهن لا يوجب التفرقة ؛ فإن منافع الأم للراهن ، فيجمع بين الأم وولدتها ، ويكلفها احتضانه وإرضاعه . ومنهم من قال : معنى قوله : إن ذلك ليس بتفرقة أن البيع منتظر ، [ فإذا مسست الحاجة إليه ، لم يفرق بين الأم والولد ، فإذا ثبت صحة الرهن ]<sup>(١)</sup> فإذا مسست الحاجة إلى البيع بأن حل الدين ، فهل يجوز إفراد الأم بالبيع - والتفریع على أن التفریق مفسد للعقد ؟ على هذا القول وجهان : أحدهما - أن البيع يبطل إذا تضمن التفریق ؛ طرداً للقياس . والثاني - لا يبطل ؛ لأن هذا بيع قهري ، ولا يمتنع التفریق قهراً لأمر شرعي ، وهذا كما لو كان للجارية ولد صغير حُر ، فبيّن الأم جائز ، والحرية فرقت بين الأم والولد . كذلك اختصاص الرهن بالجارية يوجب تخصيصه بالبيع .

التفریع : ٣٦٢٧- إن قلنا : تبع الجارية والولد عند محل الدين ، وهو الذي نص عليه الشافعي ، فلا حظ للمرتهن في الولد ، وقد جرى البيع في الأم والولد ، فإذا أردنا توزيع الثمن على الجارية والولد ، بما وجه التوزيع ؟

هذه المسألة تقتضي تقديم أخرى عليها ، وهي بين أيدينا ، ولكن لا نجد بُدًّا من ذكرها الآن في غرض لنا .

فنقول : من رهن أرضاً بيضاء ، وكان فيها نوى ، فقبض المرتهن الرهن ، ثم أنبت النوى أشجاراً ، فلا سبيل إلى قلعها ، ولكن إذا حل الحق وبعنا الأرض والغراس ، فكيف يقبض الثمن المأخذ على الأرض والغراس ؟ اختلف أئمتنا في ذلك ، فقال بعضهم : تقوّم الأرض بيضاء فإذا قيمتها مائة ، ثم نقومها مع الغراس ،

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل .

فإذا قيمتها مع الغراس مائةً وعشرون ، فقد زاد / تقدير الضم على تقدير الانفراد في ١٧٧ ش الأرض البيضاء بعشرين درهماً ، والعشرون من المائة والعشرين سدسها ، فنحفظ هذه النسبة ، فإذا هي نسبة الأسداس ، فإذا بعنا الأرض والغراس وزّعنا الثمن على النسبة التي معنا ، فصرفنا خمسة أسداسه إلى المرتهن ، وصرفنا سُدسه إلى الغرماء الباقيين .  
هذا وجه .

والوجه الثاني - أنا نقوم الأرض بيضاء ، فإذا قيمتها مائة ، ونقوم الغراس في الأرض مفردة ، فإذا قيمتها خمسون ، فنضبط النسبة بثلاثٍ ، فنوزع الثمن عليها ، فنصرف ثلثي الثمن إلى المرتهن ، وثلثه إلى الغرماء . فهذا بيان الاختلاف في مسألة الأرض والغراس .

٣٦٢٨- عدنا الآن إلى الجارية ولدها وقد بيعا . وقد يحسن فرض هذه المسألة إذا كانت الأم مفردة وليس ذات ولد ، أو بيعت دون ولدها ، وكان ثمنها أكثر لانفرادها ، وإذا بيعت مشتغلة بحضانة الولد ، فقيمتها أقل ، وعند ذلك يظهر التردد والاختلاف ، وقد اختلف أصحابنا في كيفية التوزيع ، فقال بعضهم : التوزيع على الأم والولد كالتوزيع على الأرض والغراس ، وفيه وجهان نعيدهما : أحدهما - أنا نقوم الأم وحدها فإذا قيمتها مائة . ونقومها مع الولد ، فإذا قيمتها عند الضم مائة وعشرون . فقد زاد سدس ، فليقع التوزيع على الأسداس . هذا وجه .

والوجه الثاني - أنا نقوم الأم وحدها ، فإذا قيمتها مائة ، ونقوم الولد وحده مضموماً إلى الأم ، فإذا قيمته وحده مع الأم خمسون ، فيظهر لنا نسبة الأثلاث . فليقع التوزيع كذلك . وهذا بعينه ما ذكرناه في الأرض والغراس في الوجهين .  
هذه طريقة . وهي اختيار الشیخ أبي علي ، والقاضي .

وذكر صاحب التقريب هذه الطريقة ، وذكر معها طريقة أخرى واختارها ، فقال : ينبغي أن تقوم الأم مع الولد وهي حاضنة ، ويقوم الولد مع الأم ، ولا يفرد واحد منها بالتقسيم على تقدير الانفراد ، بخلاف مسألة الغراس ، والفرق أن الجارية رهنت وهي ذات ولد ، فاستحق المرتهن بيعها على نعمت الضم ، وليس الأرض كذلك ؟ فإنها رهنت إذ رهنت ولا غرس ، ثم حدث الغراس من بعد ، كما سنصوره على

الاستقصاء ، إن شاء الله تعالى . ونحن قدرنا الأرض بيساء في الوجهين جميعاً ، ورددنا الاختلاف إلى كيفية اعتبار قيمة الغراس ، وهاهنا لا تعتبر قيمة الجارية وحدها لما نبهنا عليه . فليتأمله الناظر ؛ فإنه حسن .

قال صاحب التقريب : نظير مسألة الغراس من الجارية ما لو رهنت ، ولم تك ذاتَ ولد ، ثم علقت بمولود رقيق ، وولدت فيطابق هذا على صورة الغراس ؟ من حيث انعقد الرهن وتم والأم على نعت التفرد ، كالأرض البيضاء ، فلا جرم [يجري][١) في التوزيع عند بيعها الخلاف الذي ذكرناه في الأرض والغراس .

٣٦٢٩ - ومن تمام البيان في هذا الفصل : أن ما ذكرناه من المطابقة في التوزيع إنما يحسن وقوعه وأثره إذا حُجر على الراهن ، أو مات والديون محيطةً مستغرقة ، واختلفت الأغراض في التوزيع ، فالكلام على ما ذكرناه .

٤٧٨ / فأما / إذا لم يفلس الراهن ، ولم يضق ماله ، وبعنا الجارية والولد ، فعلى الراهن

توفير الدين كـمـلاً[٢) ، ولا يكاد يظهر فائدة المسألة . هـلـكـذا قال الشـيـخـ أبوـ عـلـيـ .

وهـلـذـاـ فيهـ فـضـلـ نـظـرـ يـبـيـتـهـ كـلـامـ : وـهـوـ أـنـ الـمـرـهـوـنـ إـذـاـ بـيـعـ فـيـ دـيـنـ الـمـرـتـهـنـ ، فـلـوـ أـرـادـ الـراـهـنـ أـنـ يـصـرـفـ طـائـفـةـ مـنـ مـالـهـ إـلـىـ دـيـنـ الـمـرـتـهـنـ سـوـىـ الـثـمـنـ الـمـحـصـلـ مـنـ بـيـعـ الـرـهـنـ فـهـلـ يـسـوـغـ ذـلـكـ أـوـ لـاـ ؟ وـالـوـجـهـ الـقـطـعـ بـجـواـزـهـ ، كـمـاـ لـوـ أـدـىـ الـدـيـنـ ، وـفـكـ بـهـ الـرـهـنـ ، فـتـعـلـقـ حـقـهـ بـشـمـنـ الـبـيـعـ ، كـتـعـلـقـ حـقـهـ بـالـمـرـهـوـنـ قـبـلـ أـنـ بـيـعـ .

ولـوـ أـرـادـ أـنـ يـتـصـرـفـ فـيـ ثـمـنـ الـرـهـنـ قـبـلـ أـنـ يـؤـدـيـ حـقـ الـمـرـتـهـنـ . لـمـ يـكـنـ لـهـ ذـلـكـ .

وـإـذـاـ أـرـادـ أـنـ يـتـصـرـفـ فـيـمـاـ يـقـابـلـ الـوـلـدـ الـمـضـمـوـنـ ، فـلـهـ ذـلـكـ ، وـئـمـ الـقـدـرـ الـذـيـ يـقـابـلـ بـهـ الـوـلـدـ فـيـ الـاـخـتـلـافـ الـمـقـدـمـ .

ولـاحـ بـهـذـاـ أـنـ أـثـرـ الـخـلـافـ قـائـمـ فـيـ حـقـ الـمـطلـقـ قـيـامـهـ فـيـ حـقـ الـمـحـجـورـ . وـالـغـرـضـ أـنـ نـبـيـنـ أـنـ مـتـعـلـقـ الـرـهـنـ [ـوـالـوـثـيقـةـ][٣) مـنـ الـثـمـنـ الـمـحـصـلـ مـنـ الـجـارـيـةـ وـالـوـلـدـ كـمـ ؟ فـإـذـاـ

(١) زيادة من المحقق ، اقتضاها السياق .

(٢) كـمـلاً : كـمـلاً .

(٣) في الأصل كلمة بهذا الرسم (السعه) وبدون نقط . ولم أدر لها معنى إن كان . والمثبت من (تـ٢ـ) ، (صـ) .

بانت الكمية ، ظهر أمرها عند الحجر في الفض<sup>(١)</sup> على الغرماء ، وعلى المرتهن . ويظهر أثرها حيث لا حجر في تصرف الراهن فيما يزيد على مقدار الرهن .

### فضيحة النخيل

قال : « ولو ارت亨 نخلًا مثمرًا ، فالثمر خارج من الرهن . . . إلى آخره »<sup>(٢)</sup> .

٣٦٣٠ - إذا رهن نخيلاً عليها الشمار ، واقتصر على تسمية النخيل ، ولم يسم الشمار نافياً ولا مثبتاً ، نظر : فإن كانت الشمار مؤبّرة ، فلا شك أنها لا تدخل في مطلق تسمية النخل ؛ فإنها لا تدخل في تسميتها في عقد البيع على قوتها ، فلأن لا تدخل في حكم الرهن تحت الأشجار أولى ، وإن كانت النخيل مُطلعةً ، ولكن لم تكن مؤبّرة ، فقد ذكرنا في كتاب البيع أنها تدخل تحت تسمية النخيل في البيع المطلق ، وهل تدخل في حكم الرهن تحت تسمية النخيل ؟ ظاهر المذهب أنها لا تدخل .

والرهن في ذلك يخالف البيع ، والفارق أن البيع يزيل الملك في الأصل ، فلا يبعد أن يقوى على الاستبعاد . والرهن لا يقطع ملك المالك عن الأصل ، ولا يرفع سلطانه ، وكأنه موعد في دوام الملك أو جب الشرع الوفاء به ، فاختص وجوب الوفاء بمورده المسمى ، ولذلك لا يتعدى الرهن إلى الزوائد التي ستحدث في مستقبل الزمان ، والملك في البيع يثبت للمشتري حق الملك فيما يتجدد .

وخرج طوائف من الأئمة قولًا آخر في الرهن ، وهو أن الشمار تتبع تسمية النخيل إذا لم تكن بارزة<sup>(٣)</sup> ، قياساً على البيع ، وذلك لأنها لم تُتبع الشمار النخيل في لقمة البيع ، ولكننا رأينا الشمار الكامنة جزءاً متصلةً كامناً ، واعتقدنا اللفظ شاملًا . وهذا يستوي فيه القوي والضعف .

وهذا القول منقادسٌ ، وهو مأخوذ من أصلٍ مع القول الأول ، وهو أن من باع

(١) الفض : التوزيع والتقييم .

(٢) ر . المختصر : ٢١٤ / ٢ .

(٣) في (ص) : مؤبّرة .

حاملاً ، ثبت الحمل مستحقاً للمشتري ، والتردد في أنه هل يقابله قسط من الثمن أم لا .

ولو رهن جارية حاملاً ، ففي تعلق حق الوثيقة بالحمل الموجود حالة الرهن قولان . والرأي ترتيب الشمار غير المؤبرة على الحمل ، فإن قضينا بأن الرهن لا يتعلق بالحمل ، فلأن لا يتعلق بالشمار أولى ، وإن قلنا : يتعلق الرهن بالحمل ، ففي تعلقه بالشمار قولان . والفرق أن الحمل لا يقبل التصرف على الانفراد ، [فكان حرياً بالتبغية والشمار تقبل التصرف على الانفراد]<sup>(١)</sup> .

### ٣٦٣١- وسائل الحمل ستأتي إن شاء الله تعالى .

ولكنا نعجل منها شيئاً ، فنقول : إن قلنا : رهن الجارية الحامل لا يتناول الحمل ، فلو قال : رهنتها مع حملها ، ففي هذا تردد للأصحاب ، والظاهر أن رهن الجارية لا يتعلق بالحمل ؛ فإنه إذا لم يتمتع ، فقد يندر الانفراد فيه بالذكر لا وجه له ؛ إذ لو ساغ ذلك ، لجاز إفراده بالرهن دون الأم .

ش ١٧٨ وهذا/ الرمز الآن كافٍ . وسنعود إليه عند ذكرنا مسائل الحمل ، إن شاء الله تعالى .

### فضائل

قال الشافعي بعد تقرير المذهب في أن الرهن أمانة : « وإذا رهنه ما يفسد من يومه . . . إلى آخره »<sup>(٢)</sup> .

٣٦٣٢- أما القول في أن الرهن أمانة ، فسيأتي في باب معقود ، إن شاء الله تعالى . ونحن نذكر الآن تفصيل المذهب في رهن ما يتسارع إليه الفساد ، فنقول : إذا رهن الفواكه الرطبة وغيرها مما يتسارع إليه الفساد ، نظر : فإن رهنها بدين حالٌ ، صحيح ، ثم إن أدى الدين من موضع آخر ، فذاك . وإن اتفق بيعها في الدين ، وصرف ثمنها إليه ،

(١) ما بين المعقفين ساقط من الأصل .

(٢) ر . المختصر : ٢١٤ / ٢ .

فهو المراد . وإن لم يتفق الصرف إلى الدين ، وأشرف المرهون على الهلاك ، فلا خلاف أنه يباع ، ويوضع الثمن رهناً مكانه ؛ إذ لا طريق إلى استيفاء الحق إلا هذا الطريق ، والرهن يتضمن توثيقاً ، فإذا أشرف محل الوثيقة على الهلاك ، ولو هلكت ، لضاعت الوثيقة ، فالوجه في تبقية الوثيقة البيع ووضع الثمن رهناً مكان المبيع .

٣٦٣٣ - وإن رهن ما يتسرّع إليه الفساد بدين مؤجل ، نظر : فإن عرفنا أن حلول الأجل يتقدم على فساد المرهون ، صح الرهن ، وكان كما لو رهن بدين حال ، وانتظم الترتيب على ما ذكرناه . وإن عرفنا أن الفساد يسبق حلول الأجل ، فتنقسم المسألة أقساماً :

منها أن يرهن ويشرط البيع عند الإشراف على الفساد ، فإن كان كذلك ، صبح الرهن ، ولزم الوفاء بالشرط إذا مسّت الحاجة إليه ، فإذا أشرف على الفساد ، بيع ووضع الثمن رهناً .

ومن الأقسام أن يرهن ويقرن<sup>(١)</sup> [الرهن]<sup>(٢)</sup> بشرط أن لا يباع عند ظهور الفساد ، فإن كان كذلك ، فالرهن فاسد ؛ فإن شرط تبقيته يتضمن فساده ، وهو مناقض للتوثيق ، فجري الشرط مخالفًا لوضع الرهن .

ومن أقسام المسألة أن يطلق الرهن من غير تعرض لشرط البيع أو نقشه ، فإذا كان كذلك ، ففي المسألة قولان منصوصان : أحدهما - أن الرهن صحيح ، ومطلقه محمول على البيع عند الحاجة ووضع الثمن رهناً . والقول الثاني - أن الرهن فاسد ، ومطلقه محمول على تبقية الرهن ، وإن كان يفسد ، فهو كما لو قيد بأن لا يباع .

فإن قيل : أليس لو رهن ما يتسرّع إليه الفساد بدين حال ، كان صحيحاً قوله واحداً . وإذا مسّت الحاجة إلى بيعه ووضع ثمنه رهناً ، بيع ، ولم يختلف في ذلك ، والرهن مطلق في الموضعين ، فما الفاصل ؟ قلنا : إذا كان الدين مؤجلاً ، فحكم الرهن التبقية في حال سقوط المطالبة بالدين .

(١) في (ص) الكلمة غير مقروءة ، رسمها هكذا ( يعرف ) وفي (ت٢) : ( يقرب ) .

(٢) زيادة من المحقق ، رعاية لوضوح العبارة .

هذا حكم الإطلاق في الرهن بالدين المؤجل . فكان تردد القول لذلك . وإذا كان الدين حالاً فالطلبة حاقة ، لا تأخير فيها يشعر بتقبية الرهن إلى ثبوت الطلبة .

ولو كان المرهون بالإضافة إلى الأجل بحيث لا يقطع بفساده قبل الحلول ، وكان لا يقطع ببقاءه أيضاً ، وتردد الاحتمال ، ففي جواز الرهن المطلق من غير تقييد بالبيع عند الإشفاء على الهالك قولهن ، مرتبان على القولين فيه إذا كان يهلك المرهون قبل الأجل لا محالة . وهذه الصورة أولى بالصحة من الأولى . ووجه الفرق بين .

١٧٩ وقد كنا بنينا رهن المعلق عتقه بصفة توجد قبل حلول الأجل على رهن / ما يتسرع إليه الفساد قبل حلول الأجل ، وخرجنا صحة الرهن على قولين . قال صاحب التقريب : إذا فرعنا على قول صحة الرهن ، فقربت الصفة ، وكاد العتق أن يقع ، بعنة يعننا الطعام المشرف على الفساد . وإذا كان الأصل كالأصل ، فالتفصيل كالتفصيل .

وإذا رهن ما لا يتسرع إليه الفساد ، فطراً بعد لزوم الرهن سبب يقربه من الهالك قبل حلول الأجل ، فطريان ذلك لا يوجب انفاسخ الرهن وفاماً .

وإن منعنا رهن ما هلهله صفتة ابتداء على أحد القولين ، وتسريع<sup>(١)</sup> الفساد طارئاً ومقارناً - على منع الرهن ابتداء - يضاهي إيقاع العبد ، فإذا اقترن ، منع ، وإذا طرأ ، لم يتضمن انفاسخ العقد .

**فَيُنْجِعُ :** ٣٦٣٤ - إذا صح الرهن ، ولزم في عين ثابتة لا يخشى فسادها ، فقال الراهن : نقلت حقك في الوثيقة من هذه الرقة إلى هذا العبد ، فقال المرتهن : رضيت . ذكر أصحابنا في ذلك وجهين : أحدهما - أن هذا يلغو ، والوثيقة لا تنتقل ، ورضا المرتهن لا يتضمن فسخ الرهن .

والوجه الثاني - أنها تنتقل وتقر في العبد الثاني ، وما جرى بينهما يتضمن فسخاً للرهن الأول ، وإعادة له في المحل الثاني .

(١) كذا في النسخ الثلاث : « وتسريع » بالواو ، وعليه يكون جواب الشرط « وإن منعنا » قوله : « فإذا اقترن... » .

وأخذ العلماء هذا الخلاف من رهن ما يفسد قبل الأجل . ووجه الأخذ منه أنَّ الرهن فيما يفسد تضمن نقل الوثيقة إلى عوضِ المرهون بتقدير البيع . فقالوا : إذا كان نجور ذلك ، فما يمنع من نقل الحق اختياراً من محل إلى محل وهذا غير سديد ؟ فإنَّ بيع ما يفسد مستحق شرعاً وإقامة الأثمان والقيم مقام الأصول قاعدة ممهدة في الشرع ، فأما نقل حق مستقر من محل إلى محل ، فليس له أصل من غير حاجة ، ولا ضرورة ، وليس النقل والرضا مشمراً بالفسخ والإعادة على التحقيق ، وليس كما لو قال لمالك عبدٍ : أعتق عبدك عنِّي ؛ فإنَّ هذا من ضرورته تقديم نقل الملك ، فكان ضمناً لاستدعاء العتق . وأما نقل الوثيقة ، فمبنيٌ على اعتقاد إبقاء الرهن الأول ، مع نقل موجبه ، وعلى هذا يخرج<sup>(١)</sup> انتقال الوثيقة من المثمن إلى الثمن ، فالوجه إفساد الرهن من عين إلى عين .

**فِيْ :** ٣٦٣٥- إذا رهن ما لا يفسد ، ثم طرأ عليه ما يقربه من الفساد قبل القبض ، وقلنا : لا يصح رهن ما لهذا وصفه ، ففي انفساخ الرهن وجهان مبنيان على الوجهين في نظائر هذا ، كطريان الجنون والموت ، وطريان جنائية المرهون . والتفریع على منع رهنه .

ولو قُتل العبد المرهون قبل القبض ، ففي تعلق حق الوثيقة بقيمة الواجبة على المتلف الوجهان المذكوران ؛ فإنَّ القيمة تقع ديناً ، والديون لا ترهن ، ولكن إن جرى ذلك بعد تأكُّد الرهن بالقبض احتُمل على ارتقاء أن تستوفى القيمة وتعين .

ثم من يقول من أئمتنا إذا استحال العصير خمراً ، زال الرهن ثم يعود إذا تجددت الحموضة ، ما أراه يطلق القول بأن الرهن يزول بانقلاب المالية في عين الرهن ديناً ؟ فإنَّ حقيقة المالية باقية . والقول في هذا محال . هذا إذا كان بعد القبض .

فأما إذا جرى الإنلاف قبل القبض ، ففي انفساخ الرهن ما ذكرناه .

ولو صادف الرهن عيناً ثابتة ، فعرض لها بعد القبض عارضٌ يدينها من الفساد ، فقد

(١) في (ص) ، (ت٢) : يجري .

تمهد أن الرهن لا ينفع ، وقطع الأئمة بأنه يستحق بيعه ووضع ثمنه رهناً . وكان شيخنا يقول : إذا كان إتلاف المرهون يتضمن نقل حق المرتهن إلى القيمة ، فيتبين أن ش ١٧٩ حق المستحق غير منحصر في العين ، فعلى / هذا يكون [الإشفاء]<sup>(١)</sup> على الهلاك بمثابة إتلاف المرهون من ضامن .

### فِصَدْقَةٌ

قال : « ولو رهنه أرضاً بلا نخل ، فأخرجت نخلاً . . . إلى آخره »<sup>(٢)</sup> .

٣٦٣٦- إذا كان الراهن دفن أعداداً من النوى ، ورهن الأرض البيضاء قبل أن تنبت النوى فنبت ، فليس للمرتهن القلع ؛ فإن الراهن ورد على الأرض وفيها النوى . ولكن إن كان عالماً بذلك ، فليس له فسخ البيع الذي الراهن شرط فيه . وإن كان جاهلاً ، ثم تبين ، فله فسخ البيع الذي الراهن شرط فيه ، من قبل أنه حسب أن الساحة البيضاء [تَسْلَم]<sup>(٣)</sup> لحق وثيقته ، فإذا بان أنها مشغولة ، فذلك نقص ، فيترتب عليه ثبوت الفسخ في البيع . وسيأتي أصل ذلك بعد هذا ، إن شاء الله تعالى .

٣٦٣٧- ولو غشى السيل الأرض المرهونة ، وكان في جميعها نوى ؛ فنبت ، فلو قال المرتهن : أقلعه ؛ فإنه لم يكن ، وإنما حدث بعد لزوم الراهن ، لم يكن له القلع قبل حلول الدين ؛ إذ لا ضرر عليه في الحال ، ولا حاجة إلى بيع الساحة . وإذا حل الحق ، نظر : فإن كان في قيمة العرصه لو بيعت مع النخيل وفاء بالدين<sup>(٤)</sup> ، بيعت العرصه ، ولم يقلع النخيل ، وإن لم يكن فيها وفاء ، ولو قلعت دون النخيل ، وفت بالدين ، ولم يؤدّ الراهن الدين من جهة أخرى ، فيقلع الغراس لحق المرتهن ، وإن

(١) في الأصل : الانتفاع .

(٢) ر . المختصر : ٢١٤/٢ .

(٣) في الأصل ، (ت٢) : « سلم » والمثبت من (ص) .

(٤) في النسخ الثلاث اضطراب في هذه العبارة ، بتقديم وتأخير بعض الكلمات . صوابها ما أثبتناه .

كان القلع مضرّاً بالراهن ؟ من قبل نقصان الغراس بالقلع ، فالسبب فيه أن الراهن التزم الوفاء بحق الوثيقة في الأرض البيضاء ، فلزمه أن يفي بما التزم .

هذا إذا لم يكن على الراهن دين يوجب اطراد الحجر عليه ، فأما إذا ركبته الديون ، واطرد عليه الحجر ، والمسألة حيث انتهت ، فلا سبيل إلى قلع الأشجار رعايةً لحق الغرماء .

فإن قيل : حق المرتهن سابق وفي تبقيه الغراس تنفيصُ حقه السابق . قلنا : نعم ولكن [حق]<sup>(١)</sup> الغرماء صادفَ الأشجار ، وتعلق بها ، وليس للمرتهن إلا وثيقة ، فلا ينبغي أن يُحيط حقوق الغرماء والمالك بالكلية .

والذي يقتضيه الإنصاف بيعُ الأرض مع الغراس ، ثم في كيفية التوزيع على الأرض والغراس خلافٌ بين الأصحاب ، ذكرناه في مسألة بيع الجارية وولدها .

٣٦٣٨- قال الأئمة : إذا رهن الرجل أرضاً بيضاء ، وأقبضها ، ثم أراد أن يغرسها ابتداء ، فهل يمنع من ذلك والدين مؤجل ؟ فعلى وجهين : أحدهما - لا يمنع ، كما لا يقلع ما نبت من حميل السيل . والثاني - يمنع ؛ فإن هذا إثبات تنفيصٍ في الحال على سبيل الاختيار . ثم إن لم نمنعه ، فالكلام في القلع عند حلول الدين كما تفصل . وإن كنّا نمنعه من الغراس ، فلو غرس ، ونبت فهل يقلع عليه قبل حلول الأجل ؟ فيه اختلاف ، توجيهه قريب من توجيه الوجهين في أصل المنع . فإن قلنا : إنه مقلوع ، فلاشك أنه يقلع عند المِحِل إذا لم يكن على الراهن حجر . وهل يقلع إذا كانت عليه ديون واطرد الحجر ؟ فعلى وجهين . ولا يخفى الفرق بين هذا وبين ما لو نبت النخلات من نوعٍ في حميل السيل ؛ فإن ذلك جرى ولا منع يقترن به ، بخلاف ما فرعناه في ابتداء الغرس قصدًا من الراهن .

(١) ساقطة من الأصل .

## فصل

قال : « ولو رهنه أرضاً ، ثم اختلفا ، فقال : أحدثت فيها نخلاً . . . إلى آخره »<sup>(١)</sup> .

٣٦٣٩ - إذا صادفنا أرضاً مرهونة ، وفيها نخيل ، فقال المرت亨ن للراهن : رهنتني الأرض والنخيل القائمة فيها يوم رهنتني . وقال الراهن : بل رهنتك الأرض بيضاء ، وأحدثت هذه النخيل بعد الرهن ، ولم تكن موجودة حالة الرهن . فإن كانت المشاهدة تكذب المرت亨ن ؟ بأن تقدم تاريخ الرهن وامتد سنتين ، والنخيل بعد فسيل لا يخفى أنها نبات سنة ، فالمرت亨ن مكذب ، ولا حاجة إلى اليمين .

وإن كانت المشاهدة تكذب الراهن بأن كان النخيل باسقة ، وتاريخ الرهن قريب ، ي ١٨٠ فالمشاهدة كذبت الراهن في دعواه / عدم النخيل عند الرهن . ولكن لا تنفصل معه الخصومة بهذا ؟ إذ لم يثبت إلا وجود النخيل حالة الرهن ، ولا يمتنع أن تكون موجودة ، ولا تكون مرهونة ، فتتجه الدعوى عليه بالرهن ، فإن أصر على قوله الأول ، لم يقبل منه ، والمشاهدة تكذبه ، ويجعل منكراً ، وتعرض عليه اليمين ، فإن تمادى في حاله<sup>(٢)</sup> الأول ، جعل ناكلاً ، وفصلت الخصومة بطريقها . وإن اعترض بالوجود آخرأ ، وأراد أن ينكر الرهن ، قبل منه الإنكار ، وكذبته الأولى لا تسد عليه إنكار الدعوى ، ثم تدار الخصومة على نظمها .

وإن كانت النخيل بحيث يحتمل أنها كانت يوم الرهن ، ويحتمل أنها حدثت بعده بأيام ، فالقول قول الراهن في نفي الرهن .

ولو اقتصر على نفي وجود النخيل وكان اتفاؤها ممكناً ، فالظهور أنه يكتفى منه بإنكار الوجود ؛ فإن في إنكار الوجود إنكار الرهن المدعى . والمسألة مفروضة فيه إذا

(١) ر . المختصر : ٢١٤/٢ . وفي المختصر : « ولو رهنه أرضاً ونخلاً . . . » .

(٢) أي إصراره على المحال الذي ادعاه وكذبته المشاهدة .

قال المرتهن : كانت موجودة ، فرهنتها مع الأرض . ولهذا نظائر فيها تردد للأصحاب . ستأتي في كتاب الدعاوى .

ولو قال المرتهن : رهنتني هذه الأشجار ، ولم يتعرض لوقت رهنها ، ولم يذكر اقترانها ولا تأخرها ، فلا ينفع ، والدعوى على هذه الصيغة تعرض الراهن لتقدم وجود النخيل وتأخرها ؛ فإنه لا يمتنع رهنها ، وإن تأخرت . والمرتهن إنما يدعي الرهن المطلق ، وهذا يبين إذا لم يكن الرهن مشروطاً في بيع .

فأما إذا كان الرهن مشروطاً في بيع وصيغة الدعوى كما تقدمت ، قال المرتهن : رهنتها مع الأرض يوم رهنتني الأرض . وقال الراهن : لم تكن النخيل موجودة يوم رهن الأرض ، وكانت المشاهدة لا تكذبه ، وقد ربطا قولهما ببيع ، فقال المرتهن : شرطت رهن الأرض والنخيل . فإذا قال الراهن : لم تكن النخيل ، فقد ذهب المحققون إلى أن هذا الاختلاف ليس مما يوجب التحالف في البيع ؛ فإن حاصله راجع إلى التنازع في وجود النخيل وعدمها . والتحالف إنما يترتب على تنازع في صفة عقد ، يتصور التصادق عليها .

وهذا حسن دقيق .

والظاهر عندي أنهما يتحالفان ؛ فإنَّ المرتهن ادعى شرط رهن ممكِّن ، وأنكر الراهن الشرط ، وعلله بعلة ، فالتنازع في صفة العقد قائم ، فليجر التحالف .

وإن اتفقا على وجود النخيل ، وقال المرتهن : شرطنا في البيع رهن الأرض والنخيل ، وقال الراهن : لم نشترط إلا رهن الأرض ، ولم يتعرضا لنفي وجود النخيل ، بل توافقا عليه ، فهذا اختلافٌ في صفة العقد لا محالة ، فيتحالفان ويتفاسخان العقد .

ولو قال المرتهن : لم نتحالف ، وأنا معرف بأنك وفيت بالرهن المشروط في النخيل ، فاختلافنا في الرهن ؟ قيل له : هذا أمر تبنيه أنت<sup>(١)</sup> فرعاً على أصل ، والراهن منكر لأصل الشرط ، فلا بُدَّ من التحالف .

(١) ساقطة من (٢٣) .

## فصلٌ

قال : « ولو شرط للمرتهن إذا حل الحق ، أن يبيعه ، لم يجز أن يبيع بنفسه ، إلا بأن يحضره ربُّ الرهن . . . إلى آخره »<sup>(١)</sup> .

٣٦٤٠- إذا حلَّ الحق ، فقال الراهن للمرتهن : بع لي واستوفِ ثمنه لي ، ثم استوفه لنفسك . فإذا باع ، نفذ البيع بالإذن ، ثم إذا استوفى الثمن ، وقع الشمن للراهن ، ويكون أمانةً بعدُ في يد المرتهن ، فإن أراد استيفاءه لنفسه ، فلا بد من وزنٍ جديد إن كان موزوناً [أو كيل جديد إن كان مكيلاً]<sup>(٢)</sup> فإن وزنه ثانياً ، فهل يصح الاستيفاء على هذا الترتيب؟ فعلى وجهين ، تقدم ذكرهما في كتاب البيع ، فإن صححنا الاستيفاء ، دخل في ضمانه ، وبرئت ذمة الراهن من الدين . وإن لم نصح<sup>(٣)</sup> الاستيفاء ، مما قبضه على الفساد مضمون عليه ، وإن لم يكن مقبوضاً على الصحة عن جهة حقه ، فالدين باق في ذمة الراهن .

ومن تمام التفريع في ذلك أنا إذا صححنا الاستيفاء ، فالذي ذكره الأصحاب أنه ش ١٨٠ لا بد من إنشاء فعلٍ فيه ، وليس كما لو رهن الوديعة عند المودع ؛ فإنما في قولٍ ظاهر نكتفي بدوام يده ، كما تفضل ذلك ، وهو هنا لا بد من فعلٍ في الاستيفاء . وتعليله واضح ؛ فإن الاستيفاء إنما يصح بناء على إذن الراهن ، ولفظه في الإذن « ثم استوف منه حلقك » وهذا تصریح بإحداث أمر .

٣٦٤١- ولو قال : « بعه لي واستوف الثمن لي ، ثم أمسكه لنفسك » ، فالظاهر أنه لا بد من فعلٍ في القبض ، كما تقدم .

ومن أصحابنا من أقام الإمساك على قول صحة القبض مقام الاستيفاء إذا كان الاستيفاء مأذوناً فيه .

(١) ر . المختصر : ٢١٤/٢ . ولفظ المختصر : « أن يبيع نفسه » وسيأتي - بعد قليل - في تأويل كلام الشافعي ما يرجح كونها (باللام) ، وانظر (ص ١٧٩) .

(٢) زيادة من (ص) ، وانظر في هذه المسألة الروضة : ٤/٨٨ ، ٤/٨٩ .

(٣) في الأصل : وإن لم يصح .

وإذا قلنا : الاستيفاء لا يصح ، ثم جعلنا قبضه على الفساد مدخلاً للثمن في ضمانه ، فلو لم يوجد منه فعلٌ ، والمأذون فيه الاستيفاء ، ولكن نوى أن يمسكه لنفسه ، فهذا لا يدخله في ضمانه ؛ فإن اليد يد أمانة ، والأمانات لا تزول بمجرد النيات . ولو نوى المودع تغييب الوديعة ، ولم يُحدث أمراً ، لم يضمن بمجرد النية .

ولو قال الراهن : بعه لي واستوفِ ثمنه لنفسك ، صح البيع ، ولم يصح الاستيفاء ؛ فإن الغير يستحيل أن يستوفي حقه قبل ثبوت القبض الصحيح لمن يقع الاستيفاء من جهةه ، وقد مهدنا هذا في البيع .

وإن قال الراهن للمرتهن : « بعه لنفسك » ، فباع ، فظاهر النص وما ذكره العراقيون ، واختاره القاضي أن البيع يفسد ؛ لأنه لا يتصور أن يبيع الإنسان مال الغير لنفسه .

وذكر صاحب التقريب قوله أولاً آخر ارتضاه لنفسه : أن البيع صحيح بناء على قوله :  
بعه ، والفساد في قوله : لنفسك ، فليستقل البيع بالإذن فيه .  
وهذا وإن كان منقاداً ، فالذهب ما قدمته .

٣٦٤٢ - ولو قال الراهن للمرتهن : « بعه » . ولم يقل : بعه لي ، ولا لنفسك .  
هذا موضع الاختلاف الظاهر بين الأصحاب - ولا عود إلى ما ذكره صاحب التقريب -  
فمن أصحابنا من قال : يجوز له أن يبيع كال الأجنبية يقول له مالك العبد : بعه . ومن  
 أصحابنا من قال : لا ينفذ بيع المرتهن . وهؤلاء عللوا امتناع البيع بعلتين : إحداهما -  
أن البيع مستحق للمرتهن بعد حلول الحق ، والمسألة مفروضة في هذا ، والدليل على  
أن البيع مستحق للمرتهن أنه لو أذن المرتهن للراهن في البيع مطلقاً ، والحق حال ،  
فالبيع يقع للمرتهن ، حتى لو أراد الراهن صرف الثمن إلى جهة أخرى ، لم يجد إليه  
سبيلاً . فإذا كان البيع مستحقاً للمرتهن ، فالإذن المطلق إذا اقتنى باستحقاق البيع في  
حق المرتهن ، نازل منزلة الإذن المقيد بالبيع في حق المرتهن ، فإذا قال : « بعه » ،  
فكأنه قال : بعه لنفسك . هذا إحدى العلتين .

والعلة الأخرى أن المرتهن متهم في ترك النظر ؛ فإنه يبغي الوصول إلى حق نفسه ، فقد يستعجل ذلك ، فلا يبالي بترك النظر للراهن ، وليس كالوكيل المطلق ؛ فإنه لا حق له في البيع ، فيبيع لغرض الموكل طالباً مصلحته .

ولو قال من عليه الدين لمستحق الدين : « بع هذا الثوب » ، ولم يكن مرهوناً ، « وخذ حقك من ثمنه ». أما البيع ، فصحيح ؛ فإن بيع ذلك الثوب [ليس]<sup>(١)</sup> مستحقاً له ، فهو فيه كسائر الغراماء . وبيعه لا يقع إلا بحكم الوكالة .

ثم فَرَعَ الأصحاب على العلتين المذكورتين في توجيه أحد الوجهين ، فقالوا : إن كان الدين مؤجلاً ، فقال الراهن للمرتهن : « بعه » ، فهذا يخرج على المعنين ؛ فإن معنا البيع عند حلول الحق لكون البيع مستحقاً على التحقيق الذي مضى ، فهذا المعنى مفقود قبل حلول الأجل ؛ فإن البيع غيرُ مستحق للمرتهن ، والدليل عليه أن المرتهن لو قال / للراهن قبل حلول الأجل : « بعه » ، نفذ البيع ، وبطل حق المرتهن ، كما مضى تفصيله . هذا إن عللنا بالاستحقاق .

وإن عللنا بكون المرتهن متّهماً ؛ من جهة استعجال الحق ، فهذا المعنى قبل الحلول مفقود أيضاً ؛ فإنه إنما يباع بإذنِ مُطلق<sup>(٢)</sup> ، والبيع بإذنِ مطلق<sup>(٢)</sup> قبل حلول الأجل يفك الرهن .

وإن قال قبل حلول الأجل : « بعه واستوفِ حركك » ، على التفاصيل المقدمة ، فتحقق التهمة ، ويخرج وجهان ؛ فإن عللنا بالاستحقاق ، فلا استحقاق . وإن عللنا بالتهمة ، فهي قائمة .

وإن قدرَ الراهن ثمناً للمرتهن ، فقال : « بعه بهذا » ، فإذا باع بذلك المقدار ، فقد زالت التهمة .

فإن عللنا فساد البيع بالتهمة ، صحي . وإن عللنا بالاستحقاق ، لم يصح .

(١) ساقطة من الأصل .

(٢) ما بين القوسين ساقط من (ص) ، (ت٢) .

فإن قيل : ما وجه التعلق بالتهمة ، وثمن المثل معلوم ، فينبغي أن نقول على اعتبار التهمة : إن باع بثمن المثل ، صح . وإن باع بأقل منه ، لم ينفذ ؟

قلنا : وراء ثمن المثل تهمة ؛ فإن الشيء قد يطلب بأكثر من ثمن مثله ، فيبيعه المتهم بثمن المثل . وسر هذا يأتي في كتاب الوكالة ، إن شاء الله تعالى .

هذا بيان الوجهين وتفريعهما .

ثم لفظ الشافعي دليل على أن البيع بالإذن المطلقاً باطل من المرتهن عند حلول الأجل ؛ فإنه قال في صدر الفصل : « لو شرط المرتهن إن حل الحق أن يبيعه ، لم يجز أن يبيع بنفسه <sup>(١)</sup> » ، فظاهر النص منع البيع عند إطلاق الإذن .

ومن قال بالوجه الثاني ، وهو القياس ، أول النص ، وقال : قوله : « لم يجز أن يبيعه لنفسه » معناه لم يجز أن يبيعه من نفسه ؛ فإن توأّي طرف في العقد لا يسوغ من الوكيل .

٣٦٤٣ - وما يتفرع على ما ذكرناه أن الراهن لو أذن للمرتهن في البيع مطلقاً عند حلول الحق ، فباعه ، والراهن حاضر ، فمن راعى التهمة ، نفذ العقد ، ومن راعى الاستحقاق ، لم يفصل بين البيع في الحضرة وبين البيع في المغيب ؛ لجريان الاستحقاق في الموضعين . ولفظ الشافعي في صدر الفصل يدل على صحة البيع بحضور الراهن ؛ فإنه قال : « لم يجز أن يبيع بنفسه إلا بأن يحضره ربُّ الرهن » .

ومن منع البيع مع حضوره ، وسلك مسلك الاستحقاق ، أول النص ، وقال : فيه إضمار كلام ، والتقدير : لم يجز أن يبيع المرتهن إلا أن يحضره الراهن فيبيعه <sup>(٢)</sup> .

(١) اعتمد الإمام هنا وفي أول الفصل رواية (الباء) : « بنفسه » ، وبها جاءت النسخ الثلاث . ثم عند حكاية الوجه القائل بتأويل نص الشافعي - في الأسطر التالية - اعتمد رواية (اللام) : « لنفسه » فهي التي ينساغ التأويل عليها .

وقد أشرنا في تعليقنا أول الفصل أن المختصر المطبوع بأيدينا اعتمد رواية (اللام) : (نفسه) .

(٢) أي فيبيعه الراهن .

وهذا على التحقيق استثناء من غير الجنس كما يعرفه ذو الحظ من الأصول .  
وبنـى بعض أصحابنا الوجهين في الصحة والفساد حيث تتطرق التهمة على وجهين ،  
سيأتي ذكرهما في الوكالة ، إن شاء الله تعالى .

وذلك إذا وكل الرجل وكيلًا ببيع ماله ، فباعه الوكيل من أبيه أو ابنه ، ففي صحة  
بيعه وجهان ، وسيبهمما تمكن التهمة من الوكيل في بيـعه من أبيه أو ابنه .  
هـذا كله في إذن الراهن في البيـع ، وترديد القول في إطلاقه وتفـيـده .

٣٦٤٤ - ومن بقية الكلام في الفصل أنَّ الراهن عند حلول الحق لو أراد أن يستقلّ  
ببيع المرهون ، وصرف ثمنه إلى المرتهن ، لم يكن له ذلك أبداً ، فإن طابقه المرتهن ،  
فذاك ، وإلا لا خلاص له إلا بأن يرفع الأمر إلى القاضي ، ثم القاضي يقول للمرتهن :  
ائذن في بيـعه ، وخذ حقـك ، كما مضـى ، أو أبرئه عن حقـك .

ولو سلطنا الراهن على الاستقلال بالبيـع ، لبطل أثر التوثيق ، وحبـسُ المرتهن ،  
ومنعه من التصرف . ولو أراد المرتهن أن بيـع الـرهـن بنفسـه ، فإنـ أـمـكـنهـ مـراجـعةـ  
الـراـهـنـ ، وـاستـيفـاءـ الـحـقـ مـنـهـ ، فـليـسـ لـهـ أـنـ يـسـتـقـلـ بـالـبيـعـ . وإنـ غـابـ الـراـهـنـ ، أوـ  
جـحدـ ، وـلـاـ بـيـنـةـ ، وـتـعـذـرـ اـسـتـيفـاءـ الـحـقـ مـنـهـ ، فـقـدـ قـطـعـ الـأـصـحـابـ بـتـنـزـيلـ الـمـرـهـونـ ،  
شـ ١٨١ـ وـالـحـالـةـ هـذـهـ مـنـزـلـةـ شـيـءـ /ـ يـظـفـرـ بـهـ مـسـتـحقـ الـدـيـنـ مـنـ مـالـ مـنـ عـلـيـهـ الـدـيـنـ .ـ وـفـيهـ تـفـصـيلـ  
واختلاف قول سيـأتيـ في كتاب الدـعاـوىـ ، إنـ شـاءـ اللهـ تـعـالـىـ .ـ فـإنـ قـيلـ :ـ فـلاـ أـثـرـ لـلـرـهـنـ  
إـذـاـ ،ـ إـذـاـ كـانـ لـاـ يـسـلـطـهـ عـلـىـ الـبيـعـ قـوـلـاـ وـاحـدـاـ .ـ

قلـناـ :ـ أـثـرـ يـبـيـنـ فـيـ زـحـمـةـ الـدـيـوـنـ وـضـيقـ الـمـالـ ؛ـ فـإنـ ذـلـكـ إـذـاـ وـقـعـ قـدـمـ الـمـرـتـهـنـ  
بـالـرـهـنـ ،ـ وـإـنـ لـمـ يـكـنـ الـرـهـنـ ،ـ وـكـانـ قـدـ ظـفـرـ بـشـيـءـ مـنـ مـالـهـ ،ـ وـهـوـ تـحـتـ يـدـهـ ،ـ  
اسـتـرـدـدـنـاهـ مـنـهـ ،ـ وـرـدـدـنـاهـ فـيـ جـمـلـةـ الـأـمـتـعـةـ ،ـ وـتـرـكـنـاهـمـ يـتـضـارـبـونـ عـلـىـ أـقـدـارـ  
الـدـيـوـنـ .ـ

وـقـدـ نـجـزـ الـفـصـلـ بـمـاـ فـيـهـ .ـ

### فِصْلُهُمْ

قال : « ولو كان الشرط للعدل ، جاز بيعه ما لم يفسخا ، أو أحدهما وكانته . . . إلى آخره »<sup>(١)</sup> .

٣٦٤٥- إذا حل الحق ، فقال الراهن أحضر الرهن ، وأنا أؤدي دينك من مالي ، لم يلزم المرتهن أن يحضره . ولو رفع الأمر إلى مجلس القاضي ، والتمس منه أن يلزم المرتهن إحضار الرهن ، حتى يقع قضاء الدين واسترداد الرهن بمرأى من القاضي ، لم يلزم القاضي المرتهن ذلك ، وقال : حقه في الوثيقة قائماً حتى يؤدى دينه ، ثم إن أداءه فليس على المرتهن إحضار الرهن ؟ فإن الرهن أمانة وليس على المؤتمن رد الأمانة . نعم ، لا يمنع صاحب الأمانة من أخذها . ولو أراد الراهن بيع المرهون وأداء الدين من غير ثمنه ، لم يكن له ذلك . كما تقدم .

ولو قال للقاضي : أريد أن أؤدي حقه من ثمن الرهن ، فليس للمرتهن أن يلزم الراهن تحصيل الدين من جهة أخرى ، ولا فرق بين أن يكون قادرًا على أداء الدين من جهة أخرى وبين أن يكون عاجزاً ، كما قدمناه من منع البيع فيه ، إذا كان يزعم أنه يؤدى الدين من غير ثمن الرهن .

٣٦٤٦- وما يليق بتمام البيان في ذلك : أن البيع لو كان لا يتأتى إلا بإحضار الرهن ، فلا يكلف المرتهن إحضاره ؛ إذ قد يكون عليه في ذلك كلفة أو مؤنة ، وعلى الراهن إذا أراد قضاء الدين من ثمن الرهن أن يتكلف إحضاره ، ويبذل مؤنة إن مست الحاجة إلى بذلها ، ثم قد لا يثق المرتهن بيده ، فلا يسلمه إليه ، ولا تنفصل الخصومة إلا بالقاضي ، فإنه يبعث من يعتمد ، حتى يكون هو المحضر . وإن مست الحاجة إلى مؤنة ، بذلها الراهن .

٣٦٤٧- ثم نظم الشافعي فصولاً في تعديل الرهن على يد عدل ، ومزج بها جملًا من أحكام الوكالات ، وقضايا الأمانات . ولو أُخرت إلى مواضعها ، لتعطلت فصول

الكتاب ؛ فلا وجه إلا ذكرها بما يتعلّق بها على الاستقصاء .

فإذا وقع التراضي على تعديل الرهن على يد عدلٍ ، جاز ذلك ، وكانت يد العدل نائبةً عن يد المرتهن ، ولا شركة في اليد للراهن ؛ فإن حق القبض للمرتهن . ولكن لو أراد المرتهن أن يستردَّ الرهن من العدلِ ؛ صائراً إلى أن الحق في القبض لي ، لم يكن له ذلك ؛ من جهة أن الراهن قد لا يثق بالمرتهن ؛ وإنما يقع التعديل لهذه الحالة ؛ فالراهن وإن لم يكن له حق في القبض ، فله حق رعاية ملكه ، وقد رأى التعديل وجهاً في الرعاية .

ثم إن إذن الراهن للعدل في بيع الرهن عند محل الحق ، وصرفه إلى المرتهن ، لم ينفذ بيعه دون إذن المرتهن ؛ فإن بيع الراهن لا ينفذ إلا على التفصيل المقدم . فكيف ينفذ بيع وكيله ؟

ولو وكل الراهن العدل بالبيع ورضي بالبيع المرتهنُ ، فينفذ بيعه إذا داما على الرضا .

ولو عزله الراهن ، ارتفعت الوكالة بالبيع ، فإن أراد الراهن أن يبيع العدل ، جدد توكيلاً .

ي ١٨٢ وإن لم يعزله / الراهن ، ولكن قال المرتهن : « لا تبعه » ، بعد أن رضي ، لم يبيع ؛ فإن إذنه معتبر في البيع ، وإذا اعتبر إذنه ابتداءً ، اعتبر استمراره عليه . وإذا رجع ، بطل إذنه .

ثم هل يقال : تبطل الوكالة أم لا ؟ قال المحققون : الوكالة قائمة ؛ فإن العدل في البيع وكيلُ الراهن ، وليس وكيلُ الراهن وكيلَ المرتهن .

نعم . إذا رجع المرتهن عن الإذن ، انخرم شرطُ في نفوذ تصرف الوكيل ، فإذا أعاد الإذن ، فالوكالة الآن على شرطها ، والتصرف نافذ .

وذهب بعض الضعفة إلى أن رجوع المرتهن عن الإذن ، يوجب رفع الوكالة ، فعلى هذا إذا عاد فأذن ، فلا بد من توكيلاً جديداً من الراهن . وهذا ضعيف غير معتمد به .

٣٦٤٨ - وما يتعلّق بهذا الفصل أن الراهن والمرتهن لو أذنا للعدل في بيع الرهن عند محل الحق ، واستمرا على الإذن ، فهل يستبد العدل بالبيع ، دون مراجعة الراهن والمرتهن ؟ أم كيف السبيل فيه ؟ ذكر العراقيون وجهين في تعين مراجعة الراهن : أحدهما - أن المراجعة لا تجب . ووجهه بين . والثاني - أنها واجبة ؟ فقد يدو له أن يستبقي الرهن ، ويؤدي الدين من سائر ماله .

وهذا يعتمد بأمر يتعلّق بالتصرف ، وهو أن الاستنابات قبل الحاجات تجري في العادات ، ثم إذا حقت الحاجة ، فالعادة مطردة بالمراجعة ، فتحمل المطلق على هذا .

وهذا ضعيف ، والأصل الاستمرار على الإذن . فإن أراد الراهن رفعه ، عزله . ولا خلاف أن المرتهن لا يراجع ؛ فإن غرضه توفيق الحق ، وليس له في الرهن حق ملك ، أما الراهن ، فقد يستبقي الملك ، ويؤدي من موضع آخر . وهذا ليس حالياً عن الاحتمال ، إن صح ذلك الوجه بعيد .

### فِصْدِلُ الْوَكَالَةِ

قال : « ولو باع بما يتغابن الناس بمثله ، فلم يفارقه حتى جاء من يزيده ، قبلَ الزيادة . . . إلى آخره »<sup>(١)</sup> .

٣٦٤٩ - لهذا من فصول الوكالة ، فنفرضه في العدل<sup>(٢)</sup> وهو مطرد في كل وكيلاً . فإذا وكلَ الراهن العدل<sup>(٢)</sup> ببيع الرهن ، ورضي المرتهن ، والتوكيل مطلق ، فالعدل مأخوذ في إطلاق التوكيل برعاية ثلاثة خلال : أحدها - لا يبيع بغير . وسيأتي تفصيل الغبن . والخصلة الأخرى - لا يبيع إلا بتنقد . والثالثة - لا يبيع نسيئة .

إإن باع ثمن المثل ، وكان مع المشتري في مجلس العقد ، فأشرف عليهما من يزيد في الثمن . فنقول : أولاً إذا كانت السلعة تطلب بأكثر من ثمن مثتها ، فليس للوكيلاً أن

(١) ر . المختصر : ٢١٤ / ٢ .

(٢) ما بين القوسين ساقط من (ص ) ، (ت ٢ ) .

ببيعها بثمن المثل ؛ وهلذه غيبة<sup>(١)</sup> بين أرباب المعاملات .

٣٦٥٠ فإذا تمهد هذا ، قلنا : إذا جاء من يزيده ، فظاهر النص يشير إلى أنه يبيع تلك السلعة ممن يزيد في الثمن . فإذا قبل<sup>(٢)</sup> الزائد ، ترتب عليه تحصيل الزيادة ، وانفساخُ البيع الأول . وهذا قد استقصيَناه في أول كتاب البيع . ولا بد من تجديد العهد به . فنقول :

من باع سلعة ، ثم باعها في زمان الخيار ، أو مكان الخيار ، ففي هذا البيع أوجه : أحدها - أنه ينفذ . ثم من ضرورة نفوذه انفساخ العقد الأول . والثاني - أنه لا ينفذ ، ولا ينفسخ به العقد الأول . والثالث - لا ينفذ ، وينفسخ به العقد الأول . وقد ذكرنا الأوجه وفرعنها .

فإن وقع التفريع على نفوذ البيع الثاني ، وانفساخ الأول ، فالوجه أن يبيع ؛ فإنه إن قبل من زاد ، حصل الغرض ، وإن أبي ، فالبيع الأول قائم كما كان .

٣٦٥١ ش ١٨٢ - وحق هذه/ المسألة أن ترتب على الوجه الذي نصفه . فيقال : إن قلنا : البيع في زمان الخيار فاسد ، ولا بد من جلب الزيادة الظاهرة من هذا الذي زاد ، فالذي يتضمنه مساق الكلام أن فسخ العقد الأول مستحق . وإذا كان كذلك ، فلا خيرة في إبقاء ذلك ، ولا سبيل إلى أن نقول : يلزم الوكيل الفسخ ؛ فيتيقن من مجموع ما ذكرناه أن ذلك العقد ينفسخ ، وهذا معنى استحقاق الفسخ ، ثم سبب الفسخ تحصيل الزيادة .

فلو حكمنا بالفسخ لـما ظهرت الزيادة ، وأردنا البيع من زاد ، فإن وافق ، وابتاع بما كان يذكر ، فذاك . وإن امتنع ، ولم يتم ما وعد ، فقد اختلف أصحابنا في المسألة : فمنهم من قال : انقطع العقد [الأول]<sup>(٣)</sup> ، فليتبدئ الوكيل بيعاً إن فوض إليه . وهذا أوجه . وقياسه بين .

(١) في الأصل : نقطة على التون فقط ، (ت ٢) بهذا الرسم بدون أي نقط ، و(ص) : بهذا الرسم مع نقطة على الغين ، ونقطتين أسفل ما بعدها . وترك الباقى بدون نقط .

(٢) في (ص) ، (ت ٢) : قيل : الزائد يترتب ... إلخ .

(٣) ساقطة من الأصل .

ومن أصحابنا من قال : إذا أبى هذا الذي زاد ، تبين أن الفسخ الذي حكمنا به غير نافذ ، فكأنه كان فسخاً موقوفاً على هذا الوجه ، وكان سببه الطمع في تحصيل الزيادة ، فإذا أيسنا من تحصيلها من هذه الجهة ، فالعقد قائم كما كان . وضرب لذلك مثل<sup>(١)</sup> ، وهو أن الابن إذا بذل الطاعة لأبيه في الحج ، فلم يرشحه الأب لذلك ، ثم رجع الابن قبل حج الحجيج في تلك السنة ، فتتبين أن ما حسبناه استطاعة ، لم يكن استطاعة ، ولا يستقر الحج في ذمته .

هذا إذا حكمنا بأن الفسخ مستحق ، وبيننا وجه الاستحقاق فيه ، ثم أنهينا التفريع منه في هذا الطريق .

قال الشيخ أبو محمد : إذا كان فوض البيع عوداً على بدء إلى هذا الوكيل ، فلما بدت الزيادة ، أراد أن يحصلها بأن يبيع من الزائد ، وفرعنا على صحة البيع ، ونفوذ الفسخ به ، فعلى هذه الطريقة لا نحكم بانفساخ العقد ، إذا كان الوكيل سلك المسلك المستصوب . فإن امتنع منه حينئذ ، حكمنا بالانفساخ ، وعاد التفريع إلى ما ذكرناه .

٣٦٥٢ - فأمّا إذا قلنا : لا يصح هذا الطريق ، ولا بد من تقدير ارتفاع العقد الأول ، فلا سبيل إلى الحكم بوجوب إنشاء الفسخ كما مضى ، فرجع الكلام إلى أن البيع في مكان الخيار إن صحيحته ، وضمنه الفسخ ، فهو وجه إن أنشأ الوكيل . وإن امتنع منه ، أو قلنا : لا يصح البيع ، تعين الحكم بالانفساخ ، ثم هو نافذ ، أو موقوف على ما ذكرناه .

وممّا لا بد من ذكره أن الوكيل بالبيع لو باع ، ثم فسخ العقد ، فهل له أن يبيع مرة أخرى ؟ فيه تفصيل يأتي في كتاب الوكالة .

والقدر الذي نذكره هنا أن الأصحاب اختلفوا في ذلك ، فمنهم من قال : ليس له أن يبيع إلا بتوكيل جديد ؛ فإنه لم يوكل إلا بيع واحد . ومنهم من قال : له البيع من

(١) كذا في النسخ الثلاث . فبنينا الفعل ( ضرب ) للمجهول .

غير توكيل جديد ؟ فإنّه وُكّل ببيع يتم ويؤدي إلى الغرض ، فإذا لم يتم ، وفسخ ، فهو مأموري ببيع يتم على موجب التوكيل الأول .

و سنكشف هذا في كتاب الوكالة ، إن شاء الله تعالى .

### فِصْلٌ ثالثٌ

قال : « وإذا بيع فثمنه من الراهن حتى يقبضه المرتهن . . . إلى آخره »<sup>(١)</sup> .

قوله : « من الراهن » ، أي من ضمان الراهن .

٣٦٥٣ - مقصود هذا الفصل ذكر طرفٍ من العهدة على الوكيل ، وبيان قرار الضمان ، وذكر سببه ، فنقول : للعهدة ثلاثة أركان في قاعدة المذهب : أحدها - في توجيه الطلب . فنقول : من اشتري بالنيابة شيئاً لموكله ، فهل للبائع توجيه المطالبة بالثمن على الوكيل ؟ نظر : فإن عقد العقد بلفظ السفارة ، ولم يضف الشراء إلى نفسه ي ١٨٣ فقال : « اشتريت لغلان » ، ولم يقل : « اشتريت » مطلقاً ، فلا / مطالبة على السفير . والنکاح لما كان لا يعقد إلا بالسفرة ، لم تتوجه الطلبة على السفير القابل للزوج .

إإن أضاف الوكيل الشراء إلى نفسه ، فقال : اشتريت ، فإن لم يعلم البائع كونه وكيلاً ، فلا شك أنه يطالبه . وإن علم أنه وكيل واعترف به ، فله مطالبة الموكل ، لم يختلف فيه أصحابنا . وإنما اختلفوا في مطالبة سيد العبد المأذون ؛ لما ذكرناه في مسائله . وهل يطالب الوكيل ؟ اختلف أصحابنا في المسألة ، فمنهم من قال : لا مطالبة ؛ فإنه سفير في الحقيقة ، ولم يصرح بالسفرة ، فأشبهه ما لو صرخ بها . والوجه الثاني - أنه يطالبه بالثمن ، وإن علم كونه وكيلاً ؛ فإن قوله : اشتريت التزام ، فإذا كنا نلزم من يقول : ضمنت الدين ، فلا بعدَ لو أرزمنا من يقول : اشتريت أو قبلت .

هذا ركنٌ من أركان العهدة .

ثم إذا غرم الوكيل ، فلا شك أنه يرجع على الموكل ، ولا تفصيل في ذلك .

بخلاف ما لو قال من عليه الدين لرجل : « اضمن عنِي الدين ». فإذا ضمنه ، وغُرمَه ، ففي رجوعه على المضمون عنه خلاف إذا لم يقيد المضمونُ عنه الإذنَ في الضمان بشرط الرجوع ، وهما لا حاجة إلى ذلك ، بل نفس عهدة العقد تقتضي الرجوع بعد الغرم إن اتفق ذلك .

٣٦٥٤- الركن الثاني من العهدة - تصوير خروج المبيع مستحقاً بعد قبض الثمن . فإذا باع الوكيل سلَّمَ المبيعَ وتسلَّمَ الثمن ، ثم خرج المبيعُ مستحقاً ، فإن كان عينُ الثمن باقياً ، استردَّها المشتري ، ورَدَّ المبيعَ على مستحقه .

ولو تلف ذلك الثمنُ ، لم يخل إما أن يتلف في يد الوكيل ، وإنما أن يتلف في يد الموكل .

فإن تلف في يد الوكيل من غير تفريطِه ، فللمشتري الرجوع عليه ، ووجهه بين ، فإنَّ دراهمه تلفت في يده ، ولم يكن مؤتمناً من جهته ، ثم يثبت له الرجوع إلى الموكل ، فإنه هو الذي ورَطَه فيما انتهى إليه الأمر ، لما أمره بالبيع وأقامه وكيل نفسه ، فيضمن هذا حق الرجوع عليه ، وهذا متفق عليه في علقة العهدة ، ولا محمل له إلا تعريضه إياه لما جرى ، فهو من التغريب الذي يجرّ ضماناً لا محالة . وهو بمثابة ما لو أودع الغاصب العينَ المغصوبة عند إنسانٍ ، والحال مشكل على المودع ، فالطلبة تتوجّه عليه ، لثبت اليد في الظاهر . ثم إنه يرجع على الغاصب المودع ؟ [من جهة أنه غره لِمَا أُودعَ عنده ، وإن كان التلف حصل في يد المودع ، فالقرار على الغاصب المودع] <sup>(١)</sup> .

هذا الذي اتفق الأصحاب عليه في الوكيل ، الذي نصبه الموكل في البيع والقبض ، ثم ثبت الاستحقاق ، وقد تلف الثمنُ المقبوض في يد الوكيل ، من غير تفريطِه .

وقد ذكرنا أن للمشتري مطالبةَ الوكيل بقبضه ماله ، ثم له الرجوع على موكله لتغريمه

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل .

إياب ، وينتظم منه أن قرار الضمان على الموكّل ؛ فإن أراد المشتري بذلك أن يطالب الموكّل بالثمن ، وما ثبتت يده عليه ، فلست أرى له ذلك ؛ من جهة أن يده ما وصلت إلى عين مال المشتري ، وإن كان قرار الضمان عليه ؛ من جهة الوكيل إذا غريم ، فلم يوجد منه في حق المشتري إلا أنه أمر وكيله بالمعاملة ، ومن أمر غيره بغضب مال ، لم يصر بأمره غاصباً ، فأقصى ما يتخيّل في ذلك أنه غرّ وكيله ، فغرّ وكيله المشتري ، وهذا لا يوجّب انتظام سبب المطالبة بين المشتري وبين الموكّل ، وهذا ما أراه .

وكذلك يجب أن يقال : إذا عقد النكاح على حكم الغرور ، وألزمنا المغدور قيمة الولد لسيد الأمة ، ثم أثبتنا للمغدور الرجوع على الغار ، فقد جعلنا الغار محلاً لقرار ش ١٨٣ الضمان . وليس يتوجه أن يقال : لسيد الأمة تغريم الغار ابتداءً ، وإن كان الضمان يتوصّل إليه بطريق رجوع المغدور عليه .

وليس هذا كالغاصب إذا أودع ؛ فإن للمغصوب منه مطالبة من شاء منهم ؛ والسبب فيه أن يد كل واحد منها اتصل بملك المغصوب منه ، فكان مطالبًا لذلك ، وهذا ما أقدرّه .

ولستُ أنفي احتمالاً يراه ناظر في تثبيت مطالبة الموكّل في مسألتنا ، والغار في باب الغرور ، من جهة أن استناد حرية الولد إلى التغريب ، لا إلى الإيلاد والإعلاق . وكذلك القول في الوكيل والموكّل .

فهذا بيان ما أردناه ، والميل إلى الأول .

وقد صرّح العراقيون بأن المبيع إذا خرج مستحقاً ، وقد تلف الثمن في يد الوكيل ، من غير تقصيرٍ منه ، فلا يرجع المشتري على الوكيل أصلًا ، وإنما يرجع على الموكّل . وهذا تصريح منهم بأن المشتري يطالب المغرر . وألفاظ المراوزة تدل على أنه لا تتوجه المطالبة على الموكّل ، وإنما يطلب الوكيل ، ثم إذا غرم الوكيل ، رجع على الموكّل . ونفيهم مطالبة الوكيل بعيدٌ عن قياس المراوزة .

والذي تحصل من ذلك أن الضمان متعلق بالموكّل استقراراً . والذي يظهر القطع به أن الوكيل مطالبٌ . وفيه وجه ضعيف حكيته عن العراقيين ، وفي توجيه

المطالبة على الموكّل ابتداءً<sup>(١)</sup> تردد . والذى ظهر من كلام المراوازة أنه لا يطالب ابتداءً<sup>(٢)</sup> والذى صرّح به العراقيون : أنه يطالب المشتري ابتداءً .

٣٦٥٥ - وكل هذا إذا تلف الثمن في يد الوكيل ، ولم ينته إلى يد الموكّل . فأمّا إذا انتهى إلى يد الموكّل ، فتلف في يده ، فلا شك أن المشتري يوجه المطالبة على الموكّل ؛ فإن يده ثبتت على ماله ، وإنما التردد المتقدم فيه إذا تلف الثمن في يد الوكيل ، فإذا ثبت أن الموكّل مطالب من جهة المشتري ابتداءً ، فهل له مطالبة الوكيل ؟ نظر فيه : فإن لم يمرّ الثمن بيد الوكيل ، فلست أرى لمطالبة الوكيل وجهاً إذا لم ثبت له يد ، والعقد لم يصح ، حتى يتضمن عهدة متعلقة بمن تولى العقد ؛ إذ المبيع خرج مستحقاً . وإن مرّ الثمن بيده ، وانتهى إلى يد الموكّل ، ففي مطالبة الوكيل في هذه الصورة جوابان ظاهران في طريقة المراوازة ؛<sup>(٣)</sup> من جهة أن الوكيل متوسط ، وقد بلغ المال منتهاه ، وتلف في يد الموكّل ، والوكيل مؤتمن<sup>(٤)</sup> ، من جهة موكله ، والمشتري وإن لم يوكله ، فإنه يسلم الثمن إليه ، ليسّمه إلى موكله ، فكانه من هذا الوجه مؤتمن - من جهة المشتري - مأذون<sup>(٥)</sup> له في إيصال الثمن إلى موكله .

وقيل تتعلق الطّيّبة به ؛ لأنّ أخذ المال كان على حكم العهدة .

وكل ما ذكرناه فيه إذا باع العدل بتوكيل الراهن ، وأذن المرتهن ، ثم جرى ما وصفناه .

٣٦٥٦ - فأمّا إذا تولى الحاكم بنفسه بيع الرهن عند اتصال الخصومة بمجلسه ، وقبض الثمن ليوصله إلى جهته ، فتلف في يده ، ثم خرج المبيع مستحقاً ، فقد أجمع أصحابنا على أن الحاكم لا يتعلّق به طّيّبة ، ولا ضمان ، ولا يقال : يطالب به ، ثم يرجع ؛ فإن الحكم لو تعلّقت بهم العهدة في العقود التي يُنشئونها لظاهر الاستصلاح ،

(١) ما بين القوسين ساقط من (ت ٢) ، (ص) .

(٢) وهذا أيضاً ساقط من (ت ٢) ، (ص) .

(٣) عبارة (ت ٢) : « من جهة كون المشتري مأذون له... » وفي (ص) : « من جهة أن المشتري مأذون له... » .

لعزم الأمر وكثرت المشقة ، فاتفق الأصحاب على إخراج الولاة في أمثال هذه العقود عن العهد ، والطلبة ، والتغريم ، ابتداءً وقراراً .

وإذا كان كذلك ، فلا بد من إثبات الرجوع ؛ فإن حق المشتري لا يضيع ،  
ي ١٨٤ والرجوع ابتداءً على / الراهن لا خلاف فيه .

فإن قيل : ليس الراهن موكلًا في عقد يتخيل مرجعه عليه ، وإنما الحاكم فعل ما فعل ؟ فكان يجب أن يقال : لم يصدر من الراهن عقد ولا توكيل في عقد ، والحاكم لا يضمن ، فلا يجد المشتري مرجعاً .

قلنا : هذا لا قائل به . وسبب تضمين الراهن أنه رهن ملك غيره ، وكل من رهن شيئاً ، فقد عرّضه للبيع على استحقاق . وهذا أبلغ من وكالة تقبل العزل على الاختيار . فالحاكم بنى بيعه على حكم رهنه ، فقد صار بالرهن إذاً مغرراً ، كما تقدم . وهذا يعنى توجيه المطالبة على الموكل ابتداء في المسألة الأولى ؛ [إنما لما رفعنا الحكم من البين<sup>(١)</sup> ، ووجهنا المطالبة على الراهن ، فهو<sup>(٢)</sup> في هذه المسألة بمنزلة الموكل في المسألة الأولى]<sup>(٣)</sup> ونص الشافعي فيمن مات وخلف تركه مستغرقة بالدين ، فباع الحكم تركته ، وتلف الثمن في يده قبل أن يصرفه إلى الديون المحيطة بالتركة ، ثم خرج المبيع مستحقاً ، قال الشافعي : لا عهدة على الحكم ولا طيبة ، والعهدة على الميت ، وتركته .

فإن قيل : إن كان الراهن في المسألة التي ذكرتموها الآن مغرراً ، برهنه ، من حيث كان مقتضى الرهن التعريض للبيع . مما سبب تعليق الضمان بذمة الميت في المسألة الأخيرة ؟

قلنا : احتواه على المغصوب حتى يتعلق به الدين إذا مات تسبّب منه إلى تسلیط الحكم على البيع ، والسبب المضمن قد يقرب ، وقد يبعد .

(١) البين : من الألفاظ التي استعملها الإمام في (البرهان) ، وكررها في (النهاية) وهي مفهومه من السياق . وإن لم أصل لمعنى لها في (مادتها) المعجمية .

(٢) في النسختين : وهو . (وهي ضمن الفقرة الساقطة من الأصل) .

(٣) سقط ما بين المعقفين من الأصل .

٣٦٥٧- فهذا إذا تولى الحاكم البيع ، وأمّا إذا نصب أمينا ، فباع الأمين الرهن ، أو عيناً من التركة بإذن الحاكم ، وتلف الثمن في يد الأمين ، ثم تبين الاستحقاق ؛ فلأصحابنا وجهان مشهوران : أحدهما - أنه لا تتعلق الطلبة بالأمين ؛ من جهة أنه منصوب من مجلس الحاكم ، فكان كالحاكم . وهذا ظاهر نص الشافعي .

ومن أصحابنا من علق الطلبة بالعدل ، وإن كان منصوباً من جهة الحاكم . وهذا بعيد عن النص والقياس - وإن كان مشهوراً - فليس ينقدح الفرق بين الحاكم وبين منصوبه ؛ فإن الحكام لا يتغاطون جملة العقود بأنفسهم ، وما يفوضونه إلى الأمانة أكثر مما يتعاطونه . ولو تعرض الأمانة من جهتهم لغير العهدة ، لامتنعوا عن مباشرة الأمور ، ويضيق بهذا السبب الأمر على القضاة . فإذا حطتنا الطلبة عن الحاكم ؛ صيانةً لمنصوبه ، وجب طرد ذلك في أمينة .

وقد قال أئمتنا : إذا ادعى رجل محكوم عليه أن القاضي ظلمني ، وتحيف عليَّ في حكمه ، فلا تقبل دعواه على الحاكم نفسه ، فإنما لو فتحنا هذا الباب ، لانطلقت ألسُنُ الخصوم على الولاة .

وفي هذا ترتيبٌ وتفصيل ، سنذكره في أدب القضاة ، إن شاء الله تعالى .

٣٦٥٨- فحصل من مجموع ما ذكرناه مراتب : إحداها - الوكيل الذي ينصبه الحاكم . وقد مضى القول في مطالبه ورجوعه ، ومطالبة موكله .  
والمرتبة الثانية - في تصرف الحكام بأنفسهم .

والثالثة - في تصرف الأمانة المنصوبين من جهة الحكام .

وقد نجز هذا الركن من أركان العهدة .

وليعلم الناظر أن ذلك ليس من عهدة العقد ؛ إذ لا عقد مع الاستحقاق ، ولكن القول في هذا دائِر على التغريب والتسبب إليه ، مع ثبوت الأيدي للمتوسطين .

٣٦٥٩- والركن الثالث - من العهدة يتعلق بالرد بالعيب . وليس هذا موضعه .  
وسنأتي به مبسوطاً في كتاب الوكالة ، إن شاء الله عزوجل .

ثم قال الشافعي : إذا بيع الرهن ، وخرج مستحقاً ، لم تتعلق عهدة الثمن بالمرتهن أصلاً ؛ إذ لم تثبت يده عليه ، فإن الرهن ، وإن بيع في حقه ، فلم يأت من جهته ش ١٨٤ تغريب ، ولم تثبت يده على مال المشتري ، وعین<sup>١</sup> / الرهن قد قبضها مستحقة . وقال أبو حنيفة : يتعلق العهد بالمرتهن . وقد رمز الشافعي إلى الرد عليه فقال : « وليس الذي بيع له الرهن من العهدة بسبيل »<sup>(١)</sup> .

### فِصْلٌ ثالثٌ

قال : « ولو باع العدل<sup>(٢)</sup> ، وقبض الثمن ، فقال : ضاع مني ، فهو مصدق . . . إلى آخره »<sup>(٣)</sup> .

٦٣٦٠ - العدل إذا وكله الراهن<sup>٤</sup> بالبيع ، ورضي المرتهن ، فباع وقبض الثمن ، ثم قال : ضاع الثمن في يدي من غير تقصير ، فهو أمين مصدق ، وإن اتهم حلف . وهذا لا شك فيه .

فلو ادعى العدل أنه دفع الثمن إلى المرتهن ، فإن صدقه المرتهن ، فذاك ، وإن كذبه نظر : فإن كذبه الراهن أيضاً ، توجه الضمان على العدل . أما المرتهن ، فلا شك أنه لا يقبل قول العدل عليه والقول قوله إني لم أقبض حتى ، وقول العدل غير مقبول على الراهن في هذا المقام ؛ من جهة أنه وإن كان أميناً في حقه ، فقد ادعى تسليم المال إلى من لم يأتمنه ، وقصر إذا لم يشهد مع إمكان الجحود .

ولو قال الراهن : صدقت فيما ادعيت ، وأنا أعلم أنك سلمت إلى المرتهن ما قبضت ، فهل يضمن العدل والحالة هذه ؟ فعلى وجهين مشهورين : أحدهما - لا يضمن لتصديق الراهن إيه . والثاني - يضمن لتقصيره في ترك الإشهاد . وللهذا نظائر ستأتي ، إن شاء الله تعالى .

(١) نص عبارة الشافعي في المختصر : ٢١٤/٢ .

(٢) في النسخ الثلاث : (العبد) . والتصويب من المختصر .

(٣) الموضع السابق .

ولو صدقه الراهن في التسليم ، واعترف بأنه كان أشهد ، ولكن مات شهوده ؛ فلا  
ضمان .

ولو ادعى العدل أنني كنتُ أشهدتُ ولكن مات شهودي ، أو غابوا ، وأنكر الراهن  
إشهاده ، واعترف بتسليمه إلى المرتهن ، فإن قلنا : اعترافه بتسليم الثمن إلى المرتهن  
كافٍ لتبرئة العدل ، فلا إشكال . وإن قلنا : يضمن العدل وإن صدقه الراهن لقصصه ،  
فهل يضمن إذا ادعى الإشهاد وأنكره الراهن ؟ فعلى وجهين : ذكرهما صاحب  
التقريب . ومدرّك توجيههما لائح .

ولا خلاف أن الراهن لو شرط على العدل أن يُشهد على تسليمه ، واعترف العدل  
بأنه لم يشهد ، واعترف الراهن بأنه سلم إلى المرتهن ، فالضمان يجب في هذه الصورة  
وجهًا واحدًا ؛ من جهة أنه خالف شرطَ موكله . وإن لم يكن شرط ، فالمسألة على  
التردد في أن الاحتياط هل يلزم العدل بالإشهاد .

هذا ما أخذ الكلام .

### فِصْنَابِ الْمَاءِ

قال : « ولو قال أحدهما : بع بدنانير . . . إلى آخره »<sup>(١)</sup> .

٣٦٦١- إذا حل الحق ، فقال الراهن للعدل : بع الراهن بالدنانير ، وقال الآخر : بع  
بالدرهم ، فلا يبيع بواحد منهما ، فإن بيع العدل ينفذ إذا صدر عن توكييل الراهن ، أو  
رضى المرتهن ، فإذا ت الخالفا ، لم يمثل قول واحد منهما ، بل يرفع القضية إلى مجلس  
الحكم ، ثم الحكم يبيع ، أو يأذن لمن يبيع بنقد البلد ، إن رأى المصلحة فيه .  
وهذا بين لا خفاء به .

(١) ر . المختصر : ٢١٤ / ٢ .

## فصل

قال : « وإن تغيرت حال العدل . . . إلى آخره »<sup>(١)</sup> .

٣٦٦٢- إذا توافق الراهن والمرتهن على تعديل الرهن على يد عدل ، فإن أرادا رفع الرهن من يده ورده إلى آخر ، جاز ذلك ، فالحق<sup>(٢)</sup> لا يعودهما . وإن أراد الراهن أن يتحكم بإزالة يد العدل ، ويرد الرهن إلى يد آخر ، لم يكن له ذلك ؛ فإن حق القبض للمرتهن ، فلا يجوز التصرف في اليدي دون إذن المرتهن .

١٨٥ ولو أراد المرتهن أن يرفع الرهن من يد ذلك العدل دون / إذن الراهن ، لم يكن له ذلك ، لا شك<sup>(٣)</sup> فيه .

والعدل في نفسه لا يرد الرهن على الراهن دون المرتهن ، ولا يرد على المرتهن دون الراهن ، فإن فعل ، صار ضامناً ، فإن دفعه إلى المرتهن دون إذن الراهن ، ففات في يده ، ضمن القيمة للراهن . وإن دفعه إلى الراهن دون المرتهن ، ضمن<sup>(٤)</sup> للمرتهن<sup>(٤)</sup> إذا فات الرهن في يد الراهن . ثم ينظر : فإن كان الحق حالاً ، فيتضمن للمرتهن أقلَّ الأمرين من دينه أو قيمة الرهن . وإن كان مؤجلاً ، فعليه كمال القيمة ، ليكون رهناً عند المرتهن .

وهذا يلتفت على أصل ، وهو أن من يستحق ديناً مؤجلاً قد لا يجبره من عليه الدين على قبول حقه قبل محله ، وقد مضى تفصيل ذلك في موضع .

٣٦٦٣- فالغرض إذا ينكشف بذكر صورتين : إحداهما - أن يساعد الراهن العدل ، فيخرج الأمر على ترتيب تعجيل الدين المؤجل ، وتوفير المعجل<sup>(٥)</sup> . ومساعدة الراهن

(١) السابق نفسه .

(٢) في النسخ الثلاث : والحق .

(٣) في (ص) ، (ت) : بلا شك .

(٤) ما بين القوسين سقط من (ص) ، (ت٢) .

(٥) في (ص) ، (ت٢) : المؤجل .

بأن يأذن للعدل في أداء الدين ، أو يؤدي الدين بنفسه . ويكفينا الآن التصوير في إذنه للعدل بأن يؤدي الدين . فينتظم الفرق بين الحال والمؤجل .

فإن كان الدين حالاً ، لم يلزمه إلا أقلُّ الأمرَيْن ، كما ذكرناه ، تفريعاً على أن من أدى دينه المعجل ، لم يكن له أن يتمتنع عن قبوله . وإن فرض في الدين المؤجل ، ففي الإجبار على القبول التفصيل المذكور . فإن قلنا : لا يجبر من له دين مؤجل على قبوله ، تعين على العدل أن يضع قيمة الرهن رهناً إلى حلول الدين . وإن قلنا : يجبر على قبول الدين ، فالكلام في الدين المؤجل كالكلام في الدين الحال . وهذا كله إذا أذن الراهن له في أداء الدين .

فأما إذا لم يصادِف الراهن حتى يستأذن منه ، أو لم يأذن له الراهن في أداء الدين ، فلا يجب على المرتهن أن يقبل الدين منه ، مؤجلًا كان أو حالاً . بل يقول : لست مأذوناً من جهة من عليه الدين ، ولا أقبل تبرعك بأداء الدين . وإذا كان كذلك نظر : فإن كان الراهن حاضراً ، قاله له العدل : ردتُ عليك الرهن ، وأنت المالك ، فخلصني [بالإذن]<sup>(١)</sup> في أداء الدين ، أو بأداء الدين .

وإنما [تحسن]<sup>(٢)</sup> هذه المسألة إذا كان الدين أقلَّ من قيمة الرهن ، وقبل أن تتفق مفاوضة الراهن بما ذكرناه يغرس<sup>(٣)</sup> للمرتهن قيمة الرهن ، وإن كانت ألفاً ، والدين دينار<sup>(٤)</sup> .

ثم إذا تمكَّن من الراهن ، ففاوضه ، فقال الراهن : لست آذن لك في أداء الدين ، ولست أؤديه ، وكان المرتهن لا يطالب أيضاً ، فهذا يؤدي إلى تعطيل مال عظيم على العدل من غيرفائدة ، ولكن القيمة مرهونة ، والراهن مأمُور ببتخلصها إذا كان الدين

(١) في الأصل : من الإذن .

(٢) في الأصل بدون نقط . والحرف الأخير بين (النون) والألف المرسومة (ياء) . والمثبت من (ت٢)، (ص) .

(٣) في (ص) ، (ت٢) : بغرم الراهن . والمعنى : يغرس العدل للمرتهن قيمة الرهن باللغة ما بلغت .

(٤) في (ص) ، (ت٢) : ديناً .

حالاً ، كما يؤمر المستعير بخلص العبد<sup>(١)</sup> لمعيره ، كما سنذكر ؛ فإن تغريم القيمة لغير المالك ، والعين مردودة على المالك يستحيل أن تبقى على التأبد بغير نهاية ، فيتعطل مال بأن يتواطأ الراهن والمرتهن .

ولو كان عين الرهن قائمة ، فهي مستردة من الراهن . وإن تلفت ، فضمان القيمة لتوضع رهناً متوجه على الراهن .

ولو غرم العدل للمرتهن قيمة الرهن ، وقد سلمه إلى الراهن ، فله الرجوع بما غرم على المالك الراهن .

فإن<sup>(٢)</sup> فاتت العين ، فإنه يقول : إنما غرمت بسبب أحذك الرهن بغير حق ، فأرجع عليك . ولو كان الرهن قائماً في يد الراهن ، لوجب رده على حكم قبض المرتهن . وهذا بين .

ش ١٨٥ وما ذكرناه فيه إذا أعرض / المرتهن عن مخاصمة الراهن . وتشبت بالعدل . والتفصيل ما ذكرناه .

### فضمان القيمة

٣٦٦٤- ثم ذكر الشافعي تغيير حال العدل عن العدالة ، وبنى عليه أنه إذا فسق ، فللراهن ألا يرضي بيده ، وإن رضي الراهن ، فللمرتهن ألا يرضي ؛ فإن الحق ثابت لهما . أما الراهن ، فله طلب الاسترداد والاستبدال به ؛ محافظة على [ملكه ، وللمرتهن مثل ذلك محافظة على وثيقته]<sup>(٣)</sup> ، وإذا جنى العدل عمداً على الرهن ، فهو منه فسوق ، ولو جنى خطأ ، لم يفسق ، ولزمه أرش جنایته ، والرهن مقرٌ تحت يده ، ولو كان من عدل الرهن عنده<sup>(٤)</sup> فاسقاً في الابتداء وكانت عالمين بفسقه ، فأراد أحدهما أن يرفع يده عن الرهن ، لم يكن له ذلك .

(١) في (ص)، (ت٢) : «الرهن لغيره» والمسألة إشارة إلى من استعار عبداً ليرهنه . وستأتي قريباً .

(٢) في (ص)، (ت٢) : إن .

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل .

(٤) في (ص)، (ت٢) : يختص عنده .

فإن ازداد فسوقاً إلى فسوقه المتقدم ، كان ذلك بمثابة فسوق العدل . وقد سبق التفصيل فيه .

ثم ذكر الشافعي بعد ذلك أن العدل لو أراد أن يودع الراهن الكائن تحت يده عند إنسان ، فكيف حكمه ؟ وهذا لا اختصاص له بالرهن ، وسأذكره مستقisé في كتاب الوديعة ، إن شاء الله تعالى .

### فصل

قال : « ولو جنى المرهون على سيده . . . إلى آخره »<sup>(١)</sup> .

٣٦٦٥ - إذا رهن الرجل عبداً وسلمه إلى المرتهن ، فجني على السيد الراهن ، فلا يخلو : إما أن يجني على طرفه وإما أن يجني على نفسه . فإن جنى على الطرف ، لم يخل : إما أن يكون موجباً للقصاص أو للمال ، فإن كان موجباً للقصاص ، فللسيد الراهن أن يقتضي منه ؛ لأن عماد القصاص الرجز وشفاء الغيط . والحاجة ماسة إلى زجر العبيد عن الجناية على السادة ، وشفاء الغليل مما يحتاج السيد إليه ، فله القصاص . وإن كان يؤدي إلى إبطال حق المرتهن من الوثيقة . ومهمماً<sup>(٢)</sup> جرى من المرهون ما يوجب القصاص ، لم يندفع القصاص بسبب حق الغير في المالية .

وإن كانت الجناية موجبة للمال في جنسها ، أو كان موجباً للقصاص ، فعفا السيد على مال ، فلا يثبت المال أصلاً ؛ لأن السيد لا يستوجب في ذمة عبده مالاً على الابتداء قط .

وإذا لم يثبت له حق مال في رقبة عبده ، ولم يثبت القصاص ، أو ثبت وسقط ، فيبقى العبد مرهوناً إلى الفكاك .

هذا ما أجمع عليه الأصحاب ، ولم يحك أحدٌ فيه خلافاً إلا صاحب التقريب ، فإنه ذكر وجهاً بعيداً فقال : ذهب ابن سريج إلى أنَّ للسيد أن يبيع من العبد الجاني بقدر

(١) ر . المختصر : ٢١٤ / ٢ .

(٢) « ومهما » : بمعنى ( وإذا ) .

أرش الجناية ؛ حتى ينفك الرهن في ذلك المقدار ، فيثبت له هذا الحق ، وإن كان لا يثبت له دين على عبده .

وهذا ضعيف جداً، حكيناه ولا نعود إليه.

هذا إذا كان تعلق الجنابة بالطرف .

٣٦٦٦- فاما إذا قتل العبد المرهون السيد الراهن ، فإن أراد ورثة الاقتراض ، كان لهم ذلك . وإن لم تكن الجنائية جنائية قصاص ، أو ثبت القصاص فأسقطوه بالعفو ، فلا يثبت لهم علقة مالية ؛ فإنما إن قلنا : الديمة تجب للمقتول<sup>(١)</sup> ، ثم تنتقل منه إلى وارثه ، فعلى هذا لو أثبتنا الديمة للسيد ، لأن ثبتناها للمالك . وقد ذكرنا أن ذلك محال .

وإن فرئينا على أن الديه ثبت ابتداءً للورثة ، فهم يملكون رقبة العبد الجناني ، في الوقت الذي يملكون فيه الدين لو أمكن ملكهم فيه . وكما لا يطرأ ثبوت الدين للسيد على ملكه ، وكذلك لا يقتربان ؛ فإنهما على حكم التناقض يتباريان ، فكيف فرض ي ١٨٦ الأمر لم يثبت للورثة/ حق مالي ؟ فيبقى العبد مرهوناً ، كما كان ، على المذهب المقطوع به .

٣٦٦٧- ولو جنى العبد المرهون على ابن السيد الراهن ، نظر : فإن كانت الجنائية على الطرف ، فللابن القصاص ، فإن استوفاه ، فذاك . وإن عفا على مالٍ ، أو كانت الجنائية مالية ، فالعبد يباع في الأرشن ، ويفتك الراهن .

وإن لم يتفق من الابن تحصيل ذلك ، والمطالبة به حتى مات ، وورثه أبوه الراهن ، لم يُخلّف<sup>(٢)</sup> وارثاً غيره ، فهذا موضع تردد الأصحاب .

منهم من قال : يثبت للأب حق فك الرهن على ما تقتضيه الجنائية ؟ فإن المال لم يثبت له ابتداء حتى يحكم باستحالته .

ومن أصحابنا من قال : لا يثبت حق فك الرهن .

وبني الأئمة لهذا الاختلاف على أصل ، وهو أن من استحق ديننا على عبد ، ثم

(١) في (ص)، (ت٢) : الديه حيث تجب تجنب للمقتول، ثم تنتقل منه . . .

## ٢) الجملة حالية .

ملكه ، فالدين الثابت قبل الملك هل يسقط بطريان الملك ؟ فيه خلاف مشهور . فإن حكمنا بأن الدين يسقط بالملك الطارئ ، قال الأصحاب : فعلى هذا لا يثبت للأب إذا ورث ابنه حق فك الرهن ، وسقط بما جرى الاستحقاق . وإن قلنا : الدين لا يسقط بالملك الطارئ ، فقد قال الأصحاب للأب حق فك الرهن في مسألتنا .

هذا ما اشتملت عليه الطرق ، واتفق الأصحاب عليه ، كأنهم توافقوا فيه ، وهو في نهاية الإشكال ؛ من جهة أن الملك في العبد مستدام ، والإرث إن أثبت له ملكاً أثبته جديداً على مملوكه ، فكيف يكون الاستحقاق الطارئ على الملك بمثابة الملك الطارئ على الاستحقاق ؟

ولكن الأصحاب قالوا : إذا ثبت دين ، ففي سقوطه بالملك الطارئ خلاف . فإذا ثبت الدين لغير المالك ، ثم انتقل إلى المالك ، فيخرج هذا على الخلاف ؛ فإن أصل الدين ثبت<sup>(١)</sup> .

فهذا هو المتهي في ذلك ، نقاً وتنبيهاً .

وكان القول فيه يتعلق بأن العبد له ذمة ، ولا احتكام للسيد عليه فيها . وإنما معننا معاملة السيد عبده القن ، من جهة أنا لا نرى للعبد استمكان الخروج عما نقدره لازماً ، والرق لا نهاية له . فإذا فرض للدين ثبوت في جهة ، فكأنهم على وجه لا يستبعدون انتقاله إلى السيد بعد ارتباطه بالذمة ، كما لا يستبعدون<sup>(٢)</sup> بقاء الدين إذا طرأ الملك .

وكل ما ذكرناه فيه إذا جنى المرهون على طرف ابن الراهن ثم مات بسبب آخر .

٣٦٨- فاما إذا قتل المرهون ابن الراهن ، فإن كان القتل موجباً للقصاص ، فقد مضى القول في القصاص ، ووضح أنه لا دفع له إذا أراده مستحقه ، وإن كان القتل خطأ ، رتب الأئمة القول في ذلك على اختلاف سيأتي في الديات ، في أن الدية تجب

(١) كذا في النسخ الثلاث . ولعلها ( ثابت ) . ومن المفيد مراجعة المسألة في فتح العزيز بهامش المجموع : ١٥٢ / ١٥٤ ، وكذلك في روضة الطالبين : ٤ / ١٠٤ .

(٢) ما بين القوسين ساقط من ( ص ) ، ( ت ) .

للقتيل أولاً ، ثم تنتقل إلى ورثته ، أم تجب ابتداءً للورثة . قالوا : إن قلنا : تجب للورثة ابتداءً ، فلو أثبتناها ، لأنّ ثبتناها للسيد الوارث ابتداءً . وهذا لا سبيل إليه ، فلا يثبت له حق فك الرهن .

وإن قلنا : الديمة ثبتت للمقتول ، ثم تنتقل إلى ورثته ، فهذا في الترتيب كأرش الطرف ، إذا ثبت للاعبن ، ثم مات بسبب آخر . وقد فصلنا هذا .

٣٦٦٩ - ولو جنى العبد المرهون على عبد الراهن تصورت مسائل عند ذلك : إحداها - ألا يكون ذلك العبد المجنى عليه مرهوناً ، فحكمه حكم ما لو جنى على نفس الراهن . أمّا القصاص ، فإلى المولى ، وأما المال ، فلا يثبت كما مضى .

ومن المسائل أن يجني العبد المرهون على عبد آخر للراهن مرهون عند إنسان آخر ، أمّا القصاص ، فكما مضى . وإن كانت الجنائية مالية ، أو آل الأمر إلى المال ، ش ١٨٦ فقد تحقق اعتراف على حق المرتهن الذي قُتل العبد المرهون عنده / ، فإن كانت قيمة العبد القاتل مثل قيمة المقتول ، أو أقل منها ، بعنه ، ووضعنا ثمنه رهناً بدل العبد المقتول . وإن كانت قيمة الجاني أكثر ، فنبيع منه قدر قيمة المقتول ، ونضعه رهناً ، وإن كان التشخيص يتضمن تعبيباً ، ففي بيع بعضه إبطال حق المالك ، وفيه أيضاً إبطال حق المرتهن الذي جنى العبد المرهون عنده . فإذا رضي المالك ، ومرتهنُ الجاني ببيع كلّه ، بعنه ، وصرفنا مقدار قيمة المقتول إلى مرتهن المقتول ، وجعلناه رهناً عنده ، وتركنا الباقى عند مرتهن الجاني .

وإن قال مرتهن الجاني : لست أرضي ببيع الفاضل منه عن قدر القيمة ، وقال المالك : لست أرضي بتنقيص ملكي بسبب التشخيص . وقد يفرض هذا على العكس بأن يرضى المالك بالتشخيص ، ولا يرضى المرتهن ، فالذي يدل عليه كلام الأصحاب أنّ نراعي المصلحة ولا نبالى بمن يحيد عنها ؛ فإن المالية هي المقتصدة ، فإذا اجتمع اعتبار المالية ، وحق الاختصاص بالغير ، فالمالية أولى بالرعاية ، وإذا لم يكن بد من إجابة أحدهما واستحال الجمع ، فلا فرق في تقديم جانب على جانب ، إلا رعاية المصلحة .

٣٦٧٠ - ومن تمام البيان في ذلك أن قيمة الجاني لو كانت مثلَ قيمة المقتول ، وكنا نفك الرهن بسبب مرت亨ن المقتول ، فلو قال الراهن لمرت亨ن المقتول : لا غرض لك في بيع هذا العبد ، فاكف برقبته ، حتى أفك رهن مرت亨ن الجاني ، وأنقلَ حلقك إلى رقبته ، فإن رضي بذلك مرت亨ن المقتول ، جاز وفسخ الرهن في حق مرت亨ن الجاني ، ولا مجال له في المناقشة في هذا ؛ فإن حقه إذا كان يرتفع ، فتعلقه باستدعاء البيع فضول .

أما مرت亨ن المقتول إذا قال : لست أبغى هذا العبد ، فبعله ، وضع ثمنه رهناً ، فهل يجاب إلى ذلك ؟ ذكر شيخي وصاحب التقريب وجهين في هذا : أحدهما - أنه لا يباع ؛ فإن حقه عاد إلى المالية ، والعبد الجاني قد تعلق الأرش برقبته ، فهو أقرب من قيمته . والوجه الثاني - أنه يجاب فيباع ؛ فإنه يقول : كان حقي في رقبة العبد الذي قتل ، فإذا قتل ، فحقي في قيمته ، فلا أرضي إلا بها .

ولا خلاف أنه لو أتى بعدِ آخر ، وأراد أن يُجبر المرت亨ن على قبوله رهناً ، بدل العبد المقتول ، لم يُجبر المرت亨ن على قبوله ؛ فإنه ليس قيمة ، ولا متعلق قيمة والعبد الجاني قد تعلق القيمةُ برقبته .

ولم نطّول الفصلَ بذكر القتل الواقع عمداً ، مع تصوير العفو مطلقاً ، أو على مال . وتخريجه على اختلاف الأقوال ، ولكننا نذكر قولهاً وجيزاً ، فنقول : إذا ثبت حق القصاص للراهن على العبد المرهون ، وكان قتل عبداً آخر مرهوناً عند آخر ، فإن أراد الاقتصاص ، فلا منع ، وإن أراد العفو على مالٍ ، ثبت المال ، وتعلق به حق مرت亨ن المقتول . وإن عفا على غير مال ، فهو في العفو على غير مال كالمفلس يغفو عن قصاصٍ ، ثبت له على غير مالٍ ، والديون محيطةٌ والحجر مطرد ، وذلك لأن الراهن محجورٌ عليه حجرَ خصوصٍ في المرهون ، كما أن المفلس محجور عليه . وتفصيل هذا يأتي في كتاب الجراح ، إن شاء الله تعالى .

وكل ما ذكرناه فيه إذا قتل عبد مرهونٌ عبداً آخر لذلك الراهن ، وكان مرهوناً عند رجل آخر .

٣٦٧١- فاما إذا رهن رجل عبدين عند آخر ، فقتل أحد العبددين الآخر ، فإن كانا مرهونين بدين واحد ، فقد فات العبدُ الذي مات ، والعبدُ الباقي مرهونٌ بجميع الدين ، ولا حاجة إلى تكليف نقل ، وكنا هكذا نقول لو مات أحدهما حتف أنفه .

ي ١٨٧ فاما/ إذا رهن كلّ واحد من العبددين بدينٍ مغاير للدين الآخر . فإذا قتل أحد العبددين الثاني ، وقال المرتهن للراهن : قرر الدين المتعلق برقبة القاتل ، وانقل إلى رقبته الدين الذي كان متعلقاً برقبة العبد الذي قُتل ، فلسنا نجيئه إلى ذلك . اتفق الأصحاب عليه ، فليقطع الناظر إمكان ذلك عن فكره ؛ والسبب فيه أنه ما لم يفك عن الرهن المتعلق به ، لا يتصور ربطُ دين آخر به .

هذا سبيل اعتراض الجنائيات على المرهون . فإذا أردنا تقرير الرهن الأول ، ونقلَ الدين الثاني ، لم يكن ذلك على مقتضى تأثير الجنائية في الرهن .

إذا ثبت هذا ، نظرنا بعده ، وقلنا : إن كان [الدين]<sup>(١)</sup> المتعلق بالقاتل أكثر من الدين الذي كان متعلقاً بالمقتول ، فلافائدة في نقض<sup>(٢)</sup> رهن القاتل ، ونقل رهن المقتول إليه ، وليقع الفرض فيه إذا استوى الدينان في التأجيل والتعجيل ، كذلك إذا استوى مقدار الدينين مع ما ذكرناه . فلا غرض ، فإذا استدعاى المرتهن النقل ، لم نسعفه واعتقدناه ملتمساً شيئاً غير مفيد .

نعم لو قال : يبعوا هذا الجنائي ، وضعوا قيمته رهناً ؛ فإني لا آمنه ، وقد يدر منه ما بدر ، والقيمة أبعد عن قبول الآفات من العبد ، فهل يجاح لهذا الغرض إلى ما يريد ؟ اختلف أصحابنا في المسألة ، فمنهم من قال : نجيئه إلى مهواه ؛ فإنه ذكر غرضاً صحيحاً ، وقد حدث ما يوجب تغييراً على الجملة . والثاني - أنا لا نجيئه كما لوارتهن عبداً ، فبدر منه هناءً قربته من الهلاك ، فقال : يبعوه أثق بثمنه<sup>(٣)</sup> ، لم نجنه إلا أن يمرض مرضًا يخافُ موته ، فيلحق التفصيل بالمطعم الذي يُسرع الفساد إليه . وقد مضى .

(١) ساقطة من الأصل .

(٢) في (ص) ، (ت ٢) : نقل .

(٣) في (ت ٢) : وأبقى ثمنه . وأثق بثمنه : أي اتخاذ ثمنه وثيقة .

فإن قلنا : لا نجيب المرتهن في مسألة الجنائية ، فلا كلام .

وإن قلنا : نجيئه ، فنضع ثمنه إذا بعنه رهناً بالدين الذي كان متعلقاً برقبة المقتول . هكذا يقع<sup>(١)</sup> الأمر ، وإن كان الغرض لا يختلف في المقدار والحلول والتأجيل ، حتى لو كان الدين المتعلق بالقاتل أكثر ، لم يجعل ثمنه رهناً إلا بالدين الأقل ؛ فإنَّ بيع العبد بسبب الجنائية ، مع تبقيَّة القيمة في ذلك الرهن بعينه محال .

ولو اختلف الجنس وكان أحدهما دنانير والأخر دراهم ، ولكنَّ المقدارين متساويان في المالية ، وكانت الدرة بمثابة قومت بالدنانير ، لبلغت قيمتها مبلغ الدنانير ، التي هي أحد الدينين ، فليس اختلاف الجنس من اختلاف الغرض . ولو كان الدينان متفاوتين بالحلول والتأجيل ، فهذا من الأغراض ، ولا فرق بين أن يكون دين المقتول مؤجلأً أو حالاً ؛ [إذ]<sup>(٢)</sup> في الحال غرض ليس في المؤجل ، وفي المؤجل غرض ليس في الحال ؛ فإن القاتل لو كان رهناً بالحال ، نقلنا<sup>(٣)</sup> إلى المؤجل ليتوثق ، ويستوفى الحال في الحال . وإن كان القاتل رهناً بالمؤجل ، نقله إلى الحال ، فيبيعه فيه . وهذا غرض ظاهر .

ومبني المسألة على اتباع الغرض . فإن لم يكن في النقل غرض ، فلا نقل إلا في استدعاء جواز البيع ؛ فإن فيه اختلافاً ذكرته .

وإنما ينتظم ذكر الأغراض إذا فرعنَا على أنه لا يجاب إلى بيع القاتل إذا لم يُلْحِظ غرضٌ غيرُ البيع .

ثم ذكر الشافعي إقرار العبد المرهون بما يوجب القصاص ، وبما يوجب المال ، وقد تقدم القول فيهما ، وذكرنا التفصيل فيه إذا / أقر بما يوجب القصاص ، وقبلنا ١٨٧ ش إقراره في العقوبة ، فعفا المقرؤ له على مال .

(١) ساقطة من (ص ) ، (ت ٢) .

(٢) ساقطة من الأصل .

(٣) كذا بدون ذكر المفعول (أعني المنشئ) . فهو مفهوم من الكلام .

٣٦٧٢- ثم قال : « فإن كان السيد أمر العبد بالجنائية . . . إلى آخره »<sup>(١)</sup> .

إذا رهن عبداً وأقبضه ، ثم أمره بالجنائية ، فإن كان ممِّيناً ، ولم يصدر من السيد إكراهاً ، فلا أثر لأمره ، فيما يتعلق بأحكام الجنائية ، وحكم الجنائية الصادرة عن أمره حكم الجنائية التي يستبدل بها . وإن كان غير ممِّيز ولكن كان ألفاً لاتِّباع أمر سيده إلف السبع [لمن]<sup>(٢)</sup> يقوم عليه ، وكان يسترسل في الجنائية عند الأمر طبعاً ، استرسال السبع عند الإشلاء<sup>(٣)</sup> والإغراء ، فإذا أشار السيد إلى مثل هذا العبد ، فانطلق ، وقتل إنساناً ، أما السيد فحكمه حكم المكره على القتل ، وأمما العبد ، فلا شك أنه لا يتعرض لاستحقاق عقوبة ولا تمييز له ، فالعقوبة على المكلَّف ، وفي تعلق الأرش برقبة مثل هذا العبد وجهان مشهوران : أحدهما - أنه يتعلق برقبته بتصدور عين الفعل منه . والثاني - لا يتعلق برقبته ؛ فإنه كالآلة المرددة ، وكالسبع يغريه القائم عليه ، ثم لا يتعلق برقبة الفهد المغرى شيء ، كما لا يتعلق بالسيف والأسلحة .

ولو أكره السيد عبد المختار على الجنائية ، ففي المكره قولان ، وتفاصيل طويلة ستأتي في كتاب الجراح ، إن شاء الله تعالى .

وقدر غرضنا منها أنها إن جعلنا المكره كالآلة ، ولم نعلق به غرضاً ، ولا عقوبة ، فلا يمتنع أن نخرج المسألة فيه على وجهين ، في أن الأرش هل يتعلق برقبته أم لا ؟ كما ذكرناه في العبد الأعمامي<sup>(٤)</sup> ، ولا يبعد أن يرتب ، ويجعل المكره أولى بأن يتعلق برقبته من قبل أن التكليف ليس منقطعاً عنه ، وإن كان مُكرهاً على القتل ، فتأييمه من أحكام ثبوت اختياره ، وليس كالعبد الأعمامي .

وحقائق هذه الفصول تأتي في الجنائيات ، إن شاء الله تعالى .

(١) ر . المختصر : ٢١٥/٢ .

(٢) في النسخ الثلاث : « لم » والمثبت تقدير منا لا يستقيم الكلام إلا به .

(٣) الإشلاء : الإغراء ، يقال : أشلى الكلب على الصيد : أغراه به ، وأطلقه عليه (معجم) .

(٤) المراد العبد الذي يألف سيده إلف السبع . والذي ذكره آنفاً .

### فضيحة

قال : « ولو أذن له ، فرheten ، فجني ، فيبيع في الجنائية ، فأشبة الأمررين أنه غير ضامن ، وليس كالمستعير الذي منفعته مشغولة . . . إلى آخره »<sup>(١)</sup> .

٣٦٧٣- إذا استعار رجل عبداً من مالكه ليرهنه بدين عليه ، فقد أطلق الأصحاب أنه إذا رهن العبد المستعار بإذن مولاه ، فالرهن جائز . ثم قالوا في حقيقة هذا الرهن قولان : أحدهما - أنه يُنْحَى به نحو الضمان . والثاني - أنه يُنْحَى به نحو العارية ، فنبين القولين ، ثم نوجههما ، ثم نفرّع عليهما .

أما بيانهما : فمن قال : سبile سبيل الضمان ، فتقديره أنه إذا أذن للمستعير أن يلزم رقبة العبد المستعار مالاً ، وسيد العبد وإن كان بريئاً عن دين المستعير ، فلو ضمه ، لصار ملتزماً ماله . فهذا في حكم ضمان في عين العبد ، ومالك العبد متبرع به ، تبرع الضامنين بإنشاء الضمان .

ومن قال : يجري مجرى العارية ، فمعناه أن المستعير ينتفع بمنافع المستعار ، فكانه جعل التوثق برقبته انتفاعاً به ، فهذا معنى جريانه مجرى العواري .

٣٦٧٤- توجيه القولين : من نزله منزلة الضمان ، فوجده أن المالك بريء عن دين المستعير ، وإذا ثبت الرهن وانبرم بالقبض ، فموجبه اللزوم ، ولا وجه للزوم الدين في حق البريء عنه إلا الضمان ، غير أن المالك يتصرف في ذمته ، ويتصرف في أعيان ملكه ، ثم ملك أن يلزم ذمته البريئة دين الغير بطريق الضمان ، فيملك أن يلزم رقبة ماله دين الغير متبرعاً ، وهو في الوجهين متصرفاً في محل تمكنه وملكه ، غير أنه إن ضمن ، فلا تعلق للمضمون بماله ، وإذا علق الدين بماله ، فلا تعلق له بذمته .

ومن قال : يُنْحَى به نحو العارية ، فوجده أن الضمان محله الذمة ، فلا يتعلق الملزتم بعينٍ قط ، وهذا الحق يتعلق بالعين ، وراهنه مستعير ، فالرهن عارية في جهة مخصوصة .

ونص الشافعي مردّد بين القولين ، فإنه قال : « فأشبه الأمرین » ، فكان هذا تردیداً . ثم قال : « وليس هذا كالمستعير » ، ففي نصه تردد ، وصغره إلى قول الضمان .

أما التفريع ، فقد اختلفت الطرق ، وتبينت المسالك . والسبب فيه ميل هذا الأصل عن قياس القواعد ، وبعده عن الأفهام ، فلا يكاد يحيط بأطراف المسألة إلا فقيه موفق .

٣٦٧٥- فأول ما نصّر الكلام به بعد ذلك أن العراقيين حكوا عن ابن سريح أنه قال : إن جعلنا الرهن مشبهاً بالضمان ، فهو صحيح ثابت . وإن قلنا : يُنحى به نحو العواري ، فالرهن غير صحيح ؛ فإن من حكم الرهن أن يلزم بالقبض ، والعارية لا تلزم . فلا وجه لجمع حكميهما النقيضين . ولكن لأن المعير وعد المستعير أن يرخص له في بيع المستعار ، وصرف ثمنه إلى دينه ، وليس بينهما إلا موعد ورجاء . فإن وفي فحسن ، وإن أخلف ، فله ذلك .

وهذا قريب في القياس بعيد في الحكاية . وسيكون لنا في أثناء الفصل إلى هذا عودةً مقرونة بتبنّيه . فليقع التفريع على صحة الرهن . فالتفاريق نخرجها على القولين ، فنذكر من قضايا الفصل أحکاماً ، ونفرّع كل حكم على القولين ، وإذا نجزت ، تعدّينا إلى حكم آخر ، حتى نأتي على أطراف المسألة .

٣٦٧٦- فالذى أرى تقدیمه القول في لزوم هذا الرهن . فإن فرّعنا على قول العارية ، فالذى ذكره القاضي أن للمعير أن يرجع عن إذنه قبل جريان الرهن ، وله أن يفسخ الرهن بعد جريانه ، وقبل اتصاله بالقبض ، فإذا اتصل بالقبض ، لم يملك المعير فسخ الرهن ، والرجوع في العارية ؛ فإنه لو ملك ذلك ، لم يكن لهذا الرهن معنى ، ولم تحصل به الثقة .

ومن دقيق ما ينبغي أن يتأمله الناظر في هذه التفاريق الفرق بين المستعير وبين المرتهن ، فالعارية متحمضة على قول العارية ، في حق المستعير ، فاما المرتهن ، فليس مستعيراً وإذا لم يكن مستعيراً ، وجب أن تثبت له خاصية الرهن ، وهي وثيقة ،

ولا وثيقة من غير ثقة ، ولا ثقة مع إمكان الرجوع ، ورب عارية تُفضي إلى اللزوم ؛ فإن من استعار بقعةً ليدفن فيها ميتاً ، فدفن ، لم يجز نبشه ، إلى غير ذلك من نظائر ستأتي إن شاء الله تعالى .

وقطع صاحب التقريب والشيخ أبو محمد ، والأئمَّات من أصحاب الفضال أن الرهن لا ينتهي إلى اللزوم على قول العارية ؛ والمعير متى شاء رجع ، واسترد ، وإن اتصل الرهن بالقبض .

وذكر صاحب التقريب وجهين في صورةٍ : وهي أنه لو كان الدين مؤجلًا ، قال : يجوز له أن يرجع بعد حلول الأجل . وهل له أن يرجع قبل حلول الأجل ؟ فيه وجهان : أحدهما - يجوز ، كما لو كان حالاً ، [إذا]<sup>(١)</sup> لم تلزم العارية .

والثاني - يجوز ؛ لأنَّه أَفْتَ إذْنَهُ ، ورُبِطَ بِهِ شَيْءٌ فَصَارَ كَمَا لَوْ أَعْتَرَ لِلْغَرَاسِ إِلَى مدة .

هذا بيان اختلاف الطرق على قول العارية .

٣٦٧٧- فأما إذا فرَّعْنا على قول الضمان ، فإذا اتصل الرهن بالقبض ، لزم على هذا القول ؛ ولم يملك المعير الانفراد بالرجوع . وهذا على هذا القول متفق عليه بين الأصحاب .

ولو أراد المعير الرجوع بعد الرهن ، وقبل القبض ، مَلَكَ . فإن قيل : لم كان كذلك ؟ وهلا ثبت الضمان لازماً في حق المعير بنفس عقد/ الرهن ؟ قلنا : لا شك أن ١٨٨ ش المستعير يتخير قبل الإقباض في فسخ الرهن ، فإذا لم يلزم الرهن في حقه ، وعليه الدين ، فكيف يلزم في حق المعير . والتحقيق فيه أن الرهن إذا تم ، حل محلَ الضمان ، ولا يتم إلا إذا اتصل بقبضِ .

والذي يُظهر سَرَّ هذا الفصل في هذا المقام أن الذين صاروا إلى أن الرهن لا ينتهي إلى اللزوم على قول العارية ما نراهم يُثبتون من الرهن إلا اسمًا ولقبًا . وعندي أن مذهبهم موافقٌ لما حكاه العراقيون عن ابن سريج ؛ فإن الرهن إذا كان لا يلزم ،

(١) في الأصل : إذا .

ولا يملك الراهن المستعير بيعَ الرهن في دينه كما سندكره ، فلا أثر للحكم بصحة الرهن ، ويؤول القول فيه إلى وعد مجرد .

**٣٦٧٨** - وما نفرعه أنا إذا قلنا : هذَا عارِيَة ، وحل الحق أو وَقْع الرهن بـدَيْن حَالَأَوْلَأَ ، فلو أراد المستعير بيعه وصُرْفَ الثمن إلى دينه ، من غير مراجعة مالك العين ، لم يجد إليه سبيلاً ، فلا يبيعه إلا بإذن مجدد ، صرخ بهذاً معظَم الأصحاب . ورمز به آخرون .

وإن فرعنَا على قول الضمان ، فلا يملك المستعير الانفراد بالبيع أيضاً ما وجد اقتداراً على أداء الدين من ماله ، فإن أفلس ، ولم يجد ما يؤدي به دينه ، فيباع المرهون في دينه وإن سَخْطَ المعيير .

فانتظم من هذَا أنا إذا فرّعنَا على قول العاريَة ، فلا سُبْلَ إلى البيع في اليسار والإعسار إلا بإذن مجدد ، ونفسُ الإذن في الرهن لا يكون إذناً في البيع . وإن فرّعنَا على قول الضمان ، لم يجز البيع إلا عند العجز عن الأداء . فإذا تحقق ، لم نرَ رضا المالك المعيير . وما ذكره من التفريع على قول العاريَة يؤكِّد تخرِيجَ ابن سريج ، ويُوهِي الحكم بصحة الرهن ، فليتبَّع الناظر لما يمْرُّ به .

وقياسُ طرِيق القاضي إذا حكم بلزم الرهن على قول العاريَة أن يجوز بيعُ الرهن عند الإعسار من غير مراجعة ، كما يجوز ذلك على قول الضمان . هذَا قياسه . ولكن لم يتعرض له صرِيحاً .

**٣٦٧٩** - وما نفرعه القولُ في أن المعيير هل يجبر المستعير على فك الرهن ؟ أما من قال : لا يلزم الرهن على قول العاريَة ، فلا فائدة لهذا ، والمُعِيرُ مستبد<sup>(١)</sup> بالرجوع متى شاء .

وإن أَلْزَمَنَا الرهن على قول الضمان ، اتجه إجبار المعيير على فك الرهن . [قال القاضي : إن كان الدين حالاً ، ملك المعيير إجبار المستعير على فك الرهن]<sup>(٢)</sup> ،

(١) في (ص) : مستند .

(٢) ساقط من الأصل .

سواء قلنا : إنه عارية ، أو ضمان ولبيّد الدين من ماله . ولا شك أن هذا في حالة يساره . وإن كان الدين مؤجلًا ، قال : خرج الإجبار على الفك على القولين : فإن قلنا : الرهن عارية ، ملك إجبار المستعير على الفك ، فأثر العارية عند القاضي يظهر في الدين المؤجل ، وكأنه جعل الإجبار على الفك من آثار العواري .

إن قلنا : الرهن ضمان ، فلا يملك إجبار المستعير على الفك ، كما لو ضمن ديناً مؤجلًا ؛ فإنه لم يملك إجبار الأصيل المضمون عنه على تبرئة ذمته بأداء ما عليه من الدين .

ولو كان الدين حالاً ، فقد نقول : يملك الضامن بإذن المضمون له إجبار المضمون عنه على أداء ما عليه حتى يبرأ الضامن .

فإن قيل : أليس ذلك مختلفاً فيه ؟ قلنا : نعم اختلف الأصحاب في أن من ضمن ديناً بإذن من عليه الدين ، فهل يملك إجباره على أداء ما عليه ؟ فإن قيل : هلاً خرجم الرهن في قول الضامن على هذا الخلاف ، حتى تحكموا بأن إجبار المستعير على فك الرهن والدين / يخرج على وجهين ؟ قلنا : بين المتألتين فرق ؛ وذلك أن الضامن قبل ١٨٩ ي أن يغرم ليس عليه بأس إلا تعلق الدين بذمته ، وليس كذلك ما نحن فيه ؛ فإن العبد المستعار مشتغل بوثيقة الرهن ، فكان هذا شبيهاً بأداء<sup>(١)</sup> الضامن ما ضمه ، ولو أداء يرجع به على المضمون عنه إذا كان الضامن مأذوناً فيه ، وهذا مضموم<sup>(٢)</sup> إلى العلم بأن الرهن ليس ضماناً محضاً ، وهو مشوب نقاصاً بالعارية<sup>(٣)</sup> وكان حقيقة الخلاف راجع إلى أن المغلب حكم الضامن أو حكم العارية<sup>(٤)</sup> ومن طلب من المشobiات مقتضى التمحض ، لم يكن على بصيرة .

٣٦٨٠ - وما نفرعه أن العبد المستعار المرهون لو مات في يد المرتهن ، فحكم الضمان مفرع على القولين : فإن أجرينا الرهن مجرى العارية ، وجب ضمان القيمة على المستعير ؛ فإن العارية مضمونة .

(١) في (ص) : شبيهاً بإذن الضامن ، (ت٢) : سببها بإذن الضامن .

(٢) في (ص) ، (ت٢) : مضمون .

(٣) ما بين القوسين ساقط من (ت٢) .

وإذا قلنا : سبile سبile الضمان ، فلا ضمان . فإن قيل : هلا جعلتم تلف العبد على حكم المستعير ، بمثابة تلف مال في يد إنسان قد أخذه ليصرفه إلى دينه ؟ قلنا : ذلك اقتراض في الحقيقة ، وما نحن فيهتعليق برقة العبد ، والأداء منه مرقوم ، فإذا فرض التلف ، فلا ضمان ، قال القاضي : إذا ضممنا المستعير على قول العارية ، فلا ضمان على المرتهن ؟ فإنه ليس مستعيراً ، وإنما المستعير هو الراهن ، والمرتهن يمسكه رهناً ، لا عارية . وهذا حسن منقاس .

وإذا فرع مفرع على قول ابن سريج ، ففي تعليق الضمان بالمرتهن نفسه تردد ، والظاهر أن لا ضمان عليه .

٣٦٨١- وما نفرعه جنائية العبد المستعار ، فإن حكمنا بأن الرهن ضمان ، فلا يجب على المستعير ضمان أرش الجنائية ؟ فإن يد المستعير على هذا القول ليست يد ضمان ، فما الظن على اليد المتفرعة على يده .

إن قلنا : الرهن عارية ، فيد المستعير يد ضمان ، فهل يضمن أرش جنائية العبد المستعار ؟ فعلى وجهين مبنيين على أن العارية تضمن ضمان الغصوب أم لا ؟ فإن قلنا : تضمن<sup>(١)</sup> ضمان الغصوب ، فيضمن أرش جنائية العبد ؛ قياساً على العبد المغصوب يجني في يد الغاصب . وإن قلنا : لا تضمن العارية ضمان الغصوب ، فلا يضمن المستعير أرش الجنائية ، والأقياسُ الوجه الأول . وهذا موضع نص الشافعي في المسألة ، فإنه قال : « لو أذن له ، فرهنه ، فجني ، فأشبه الأمرين أنه غير ضامن ، وليس كالمستعير » ، فالنص دليل على أن التفريع على قول الضمان . وفيه دليل على أن المستعير يضمن أرش جنائية المستعار ؟ فإنه قال : « وليس كالمستعير » .

٣٦٨٢- وما يتفرع على القولين أن العبد إذا بيع في دين المستعير إما باذن مجرد ، أو<sup>(٢)</sup> بتتصوير الاضطرار من المستعير فيما إذا الرجوع ؟ وكيف السبيل ؟ لا شك أن

(١) في (ت ٢) : إنها لا تضمن .

(٢) في (ص) ، (ت ٢) : وبتصوير الاضطرار .

المستعير إذا صرف ثمنَ العبد إلى دينه ، حيث يصح ذلك ، فالسيد يرجع على المستعير ، فإنْ بيع بمقدار قيمته ، فلا كلام .

وإن كانت قيمته ألفاً واتقى بيعه بألفٍ ومائةٍ ، فمالك العبد بكم يرجع على المستعير إذا صرف الثمن كاملاً في دينه ؟ هذا ينبي على القولين : فإن قلنا : الرهن ضمان ، فالرجوع على المستعير بالثمن بالغاً ما بلغ ، ووجهه بين . وإن فرعننا على قول العارية ، فالرجوع على المستعير بكم ؟ فعلٌ وجهين : أحدهما - أنه يرجع عليه بالثمن أيضاً ، وهو قياس بين . والثاني - أن المعير يرجع على المستعير بالقيمة ، ولا يوجد مرجعاً بالمائة الزائدة عليها ؛ فإن العارية سيل ضمانها القيمة ، فلا يرجع المعير إلا بها ، ولا يرجع بالزائد عليها .

وهذا ضعيفٌ في القياس ، ولا أصل لاستبداد المستعير / بالزائد على القيمة ، وهو ش من ثمن ملك المعير ، ولم يجرِ ما يتضمن اختصاص المستعير به . وهذا الوجه على ضعفه لم يحُك القاضي على قول العارية غيره .

وممّا يتفرع على القولين أن العبد المستعار لو كانت قيمته العدل مائة ، فيبيع بمائة إلا دينار<sup>(١)</sup> أو أكثر ، ولم ينته النقصان إلى مبلغ يعد غبناً ، بل كان مقداراً يتغابن الناس في مثله . فإذا جرى ذلك ، وصرفه المستعير إلى دينه . فإن قلنا : الرهن ضمان ، لم يرجع المعير على المستعير إلا بمقدار الثمن . وإن قلنا : الرهن عارية ، رجع المعير بالقيمة الكاملة ، وهي المائة ، ولم يحط القدر الذي يتغابن في مثله .

٣٦٨٣ - وما نفرعه أنا إذا قلنا : الرهن عارية ، فلا حاجة إلى إعلام القدر الذي سيقع الرهن به ، ويكتفي أن يستعير عبده مطلقاً ، ويستأذنه أن يرهنه ولا يشترط أن يُبيّن جنس ما يقع الرهن به ، وقدره ، ولا كونه حالاً أو مؤجلاً .

وإن قلنا : الرهن ضمان ، فلا بد من إعلام الجنس ، والقدر ، والتعرض لبيان

(١) كذا في النسخ الثلاث (دينار) غير منصوبة ، وقد سبق نظير لذلك ، وأشارنا في تعليقنا إلا أنه لا وجه له إلا ما جاء بالرفع في رواية للحديث الشريف : « كل أمتي معافٍ إلا (المجاهرون) » !...؟

الحلول والتأجيل ؛ فإن الإعلام شرط في صحة الضمان .

وإذا قلنا : إعلام هذه الأشياء ليس بشرط على قول العارية ، فلو نص المعير على شيء منها ، لم يكن للمستعير أن يخالفه ، ويزيد ، وإن كان يجوز إطلاق الإذن من غير إعلام ، وذلك لأنه إذا أمر ، وقدر ، فيجب إيقاع أمره ؛ فإنه المستند والمعتمد في الباب .

ومن ذلك أنا على قول العارية ، لا نشترط أن يعين المعير من يرهن منه المستعار ، بل يجوز إجراء الإذن فيه على الإطلاق ، فلو عين المعير شخصاً ، فلا يجوز للمستعير أن يرهنه من غيره ؛ لما ذكرناه من وجوب اتباع الأمر . ولو قال المستعير : [أرهنه]<sup>(١)</sup> من فلان ، فكان التعين من [جهته]<sup>(٢)</sup> ، ولم يصدر من المعير اقتراح فيه ، ولكنه نزل الإذن على حسب التماس المستعير ، فالذي يقتضيه الرأي أن من عينه المستعير يتعين ، وإن لم يعين المعير بتعيينه ابتداء ؛ فإن كلام المعير مبني على كلام المستعير منزل عليه .

ولو فرعنا على قول الضمان ، فعين المعير شخصاً ، ولم يرض أن يرهن غيره ، فلا مَعْدُل عنه . وإن أطلق ، ولم يتعرض لتعيين المرتهن والتفریع على قول الضمان ، ووجوب الإعلام ، فهل يصح الإذن على هذا الوجه مطلقاً من غير تعين من يرهن ؟ فعلى وجهين ذكرهما صاحب التقريب : أحدهما - أنه لا يصح الإذن مع الإطلاق في ذكر المرتهن ، حتى يُعين . والثاني - لا حاجة إلى ذلك ، والمستعير يرهنه من شاء .

وهذا الخلاف يبني على تردد الأصحاب في أنا هل نشترط في صحة الضمان أن يكون المضمون له معلوماً أم لا ؟ ثم قال الأصحاب : لا يجوز للمستعير أن يخالف المعير فيما رسم له ؛ فإن أصل أمره على اتباع الإذن ، حتى لو أذن في الرهن بدراهم ، لم يجز الرهن بالدنانير . [وكذلك القول في عكس هذا . ولو أذن في الرهن بالحال ،

(١) ساقطة من الأصل .

(٢) في الأصل : جهة .

لم يرهن بالمؤجل<sup>(١)</sup> . وكذلك لو أذن في الرهن المؤجل ، لم يرهن بالحال . والأغراض تختلف بالحلول والتأجيل ، ولا يكاد يخفى تقريره ؛ فيجب اتباع مراسم المعير المالك .

٣٦٨٤- ولو قال للمعتبر : أذنت لك في أن ترهنه بمائة ، فلو رهنه بخمسين ، جاز ذلك ، ولا يعد النقصان في المقدار مخالفة ، بل إذا نقص ، فقد زاد بالنقصان خيراً وحطّ وبالاً وضرراً ؛ فهو بمثابة ما لو قال مالك المتع لوكيله : بعْ هَذَا الْعَبْدَ بِأَلْفٍ ، فلو باعه الوكيل بآلفين ، صح ، ولا مرد لتلك/ الزيادة ، والرجوع في أمثال ١٩٠ يهذا إلى العرف ، ومعلوم أن هذا لا يعد مخالفة ، بل يعد موافقة . وسنذكر تحقيقاً هذا في كتاب الوكالة ، إن شاء الله تعالى .

ولو قال المعير : ارهنه بألف ، فرهنه بآلفين ، فالزيادة مخالفة ، ثم قال معظم الأصحاب : إذا خالف وزاد ، لم يصح الرهن في مقدار الموافقة أيضاً ؛ لأنه بنى صيغة العقد على مخالفة المالك ، فلم يصح .

وخرج صاحب التقريب قوله آخر : أن الرهن يصح في المقدار الذي عينه المعير ، ورضي به ، والزيادة مردودة . وزعم صاحب التقريب أن هذا يُخرج على اختلاف القول في تفريق الصفة ؛ فإنه جمع بين ألف لا إذن فيه ، وبين ألف مأذون فيه ، فإذا بطل العقد في الألف الزائد ، ففي المزيد الخلاف الذي ذكرناه . وهذا لم يصححه المحققون ، ورأوا القطع ببطلان الرهن .

ولا خلاف أن من وكل إنساناً ببيع عبد ، واقتضى مطلق التوكيل البيع بثمن المثل ، فلو باعه بغيره ، فالبيع مردود . ولا يقال : نصح البيع في مقدار من العبد يكون الثمن قيمة عدل له ، ونحذف جزءاً من العبد عن مقتضى العقد . وتقدير الزيادة في المبيع كتقدير الزيادة في الثمن إذا وقعت الزيادة على موجب المخالفة .

٣٦٨٥- ثم قال القاضي : لو جرى الرهن ، واتصل بالقبض ، ثم إنَّ المالك المعير

(١) ساقط من الأصل .

أعتق عبده ، فنفوذ عنته يخرج على القولين ، فإن قلنا : الرهن ضمان ، فالعتق ينفذ ، وإن قلنا : إنه عارية ، فإعتاقه إياه بمثابة اعتاق الراهن المالك العبد المرهون ، وفيه الأقوال المعروفة . وهذا خرجه القاضي على طريقة في الحكم بلزم الرهن على قول العارية ، ثم رأى الرهن على قول العارية رهنا محضًا في حق المرتهن لازماً ، ورأه على قول الضمان غير متأكد في التعلق بالرقة . ومعظم الأصحاب على مخالفته في ذلك ؛ فإنهم ضعفوا الرهن وحكمه على قول العارية ، وألزموه وأكدوه على قول الضمان . وما ذكره جاري على قياسه . ولكن في قطعه بنفوذ العتق على قول الضمان كلام .

والوجه عندنا تنزيل العبد على قول الضمان منزلة العبد الجاني الذي تعلق الأرش برقبته . وقد فصلنا القول في بيعه ورهنه .

٣٦٨٦- وما يتم به بيان الفصل أن القاضي سئل في التفريع على قول الضمان ، وقيل له : لو قال : مالك العبد : ضمنت ما لفلان عليك في رقبة عبدي هذا ، فكيف حكم هذا ؟ فقال : إذا فرعنا على قول الضمان ، تعلق الدين برقبة العبد ، وكان بمثابة الرهن المستعار ، فإن شئنا قلنا : رهن العبد المستعار ضمان في رقبته ، أو قلنا : الضمان في رقبته رهن .

وهذا الذي ذكره حسن بالغ على الجملة ، ولكن فيه تفصيل ، فإذا قال مالك العبد لمستعيه : ارهنه بدينك ، فقد أتباه مناب نفسه في الضمان في رقبة عبده ، فاجتمع رضا المالك ، وإنشاء الرهن ، وقبول المرتهن . وإذا قال المالك : ضمنت ما لفلان عليك في رقبة هذا العبد ، ولم يوجد قبول من المضمون له ففي هذا تردد . وظاهر كلام القاضي أن ذلك يكفي ، تفريعاً على أنه لا يشترط في الضمان رضا المضمون له .

ويجوز أن يقال : ذلك في الضمان المطلق الذي يرد على الذمم ، فأما ما يتعلق بالأعيان ، فلا بد من تقريره من الرهون ، وشرط صحتها القبول من المرتهن .

ويجوز أن يقال : إنما يفتقر إلى القبول إذا جرى على صيغة الرهن ، فأما إذا وقع الضمان مصرحاً به ، فلا حاجة إلى ذلك . وقد تختلف الشرائط باختلاف الألفاظ ، وإن اتحد المقصود ؛ فإن المذهب أن الإبراء لا يفتقر إلى القبول . ولو قال مستحق

الدين لمن عليه الدين : وهبت منك الدين الذي لي عليك ، فالأصح افتقار ذلك إلى القبول<sup>(١)</sup> .

وقد نجز الكلام في رهن المستعار على أبلغ وجه في البيان .

### فِصْنَلٌ

[قال : « والخصُّ فيما جُنِي عَلَى الْعَبْدِ سَيْدُهُ . . . إِلَى آخِرِهِ » .

٣٦٨٧- إذا جنِي جانٍ على العبد المرهون ، فقد<sup>(٢)</sup> قال الشافعي : « الخصم فيما جُنِي على العبد سيده ، فإنْ أحب المترهن ، حصر خصومته ، فإذا قُضي له بشيء ، أخذه رهناً<sup>(٣)</sup> » هذَا لفْظُ الشافعي . فنقول : إذا جُنِي على العبد المرهون جنائية ، نظر فيها : فإن كان موجَبها مالٌ ، فقد تضمنت الجنائية إتلاف مالية ، وتضمنت فوات حق الوثيقة للمترهن في ذلك الفائت ، فافتتاحُ الخصومة للمالك ؛ فإن الأصل هو الملك ، وحق الرهن متفرع عليه ، وإذا بدأ المالك الخصومة ، لم يزاحمه المترهن ، فإذا ثبت حق الملك ، ابتنى عليه حق الرهن .

فإن قيل : لم لم ثبتوا للمترهن حق المخاصمة ، وهو يخاصم المالك ، وتدور بينهما الدعوى واليمين والرد ؟ قلنا : هو كذلك ، ولكن المالك في صورة الجنائية أولى بالخصوصة . وفي قيامه بها ثبوت حق المترهن ، فإذا كان حق المترهن لا يتعطل ، قدمنا المالك ؛ حتى قال المحققون : لو امتنع المالك من الخصومة ، انتهض المترهن خصماً ، وتوصل إلى ثبوت حقه ، وليس هذا كما لو افترضه<sup>(٤)</sup> السائل من مخاصمة المترهن المالك ؛ فإن تلك الخصومة لو تركها المترهن ، والراهن على إنكاره ، لم يقم فيها غير المترهن مقامه ، بخلاف ما نحن فيه . نعم لو ترك

(١) يشير إلى أن الإبراء وقع بلفظ الهبة ، فكان الأصح افتقاره إلى القبول رعاية للفظ الهبة .

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل .

(٣) ر . المختصر : ٢١٥/٢ .

(٤) في (ت ٢ ) ، (ص) : « كما فرضه » .

المالك الخصومة ، فلا جرم نقول للمرتهن أن يخاصم حتى لا يتعطل حقه .

قال الشافعي : « ولو عفا المرتهن كان عفوه باطلًا ». وتفصيل القول في هذا أن المرتهن لو أبراً الجاني عن أرش الجنائية ، فإن إبراؤه باطل ، لأن الإبراء إنما يصح من مالكٍ مطلق التصرف ، والمرتهن ليس مالكاً ؛ فلم يصح إبراؤه .

٣٦٨٨ - وتمام البيان في هذا الفصل ما ذكره ، فنقول : أطلق المراوزة القول بأن أرش الجنائية لا يتصف بكونه مرهوناً ؛ فإنه دين ، والديون لا تكون مرهونة ، كما قدمنا ذلك في صدر الكتاب ، وألحقوا مصير العين المرهونة بسبب الإتلاف ديناً في ذمة المتلف بانقلاب العصير خمراً ، ثم رأوا تفصيل المذهب إذا قضى الدين ، وتعين بالقبض ، كتفصيله إذا انقلب الخمر خلاً .

وذكر العراقيون عن بعض الأصحاب أن الدين وإن كان لا يجوز تقديره مرهوناً ابتداءً ، فإذا استقر الرهن على عينٍ وجنىٍ عليها جانٍ ، فالدين اللازم بسبب الجنائية على العين مرهون ، وليس كالخمر ؛ فإن الدين مملوكٌ ، والخمر ليست مالاً ، والدين مترب على عين ، حيث انتهى الكلام إليه ، ومصيره إلى عين ، إذا قدر استيفاؤه .  
هذا ما حكوه في ذلك .

ثم قالوا : إذا قال المرتهن : عفوت عن حقي من الوثيقة ، أو أسقطت حقي منها ، والمسألة مفروضة فيه إذا أتلف الجاني المرهون ، فقال المرتهن قبل استيفاء الحق من الجاني ما قال ، فيسقط حقه ، وإذا استوفى الدين<sup>(١)</sup> ، فلا حق له فيه . ولو قال المرتهن : أبرأتك عما عليك أيها الجاني ، فإن إبراؤه لا يتضمن سقوط الدين ، ولكن هل يتضمن سقوط حقه من الوثيقة إذا استوفى الأرش ؟ ذكروا وجهين : أحدهما - أن حقه لا يسقط ؛ فإنه لم يتعرض للتنصيص على إسقاطه ، وإنما أسقط الدين ، وليس له إسقاطه ، فلو سقط حق / الوثيقة ، لكان مرتبًا على سقوط الأصل ، وإذا لم يسقط الأصل ، لم يسقط ما يترتب عليه هذا طريقهم .

(١) المعنى : إذا استوفى المالك الدين - ويعني به هنا الأرش الذي تعلق بذمة الجاني - من الجاني ، فليس للمرتهن حق في الاستئثار به ؛ إذ أسقطه بقوله هذا .

وكان شيخي يقول : إذا قال المرتهن : أسقطت حقي من الرهن أو أبطلت وثيقتي ، وكان الرهن قائماً ، فهذا فسخ منه للرهن ، وللمرتهن أن يفسخ الرهن ؛ فإن الرهن في جانبه جائزٌ ، ولم يتعرض لصورة الدين . ونص الشافعي دليل على أن المرتهن إذا أبراً الجاني ، فإبراؤه لغُورٍ ، وعفوه باطل ، وهذا يتضمن بقاء حقه .

أما الراهن لو أبراً الجاني عن الأرش ، فقد قطع الأصحاب بإبطال إبرائه ؛ لحق المرتهن ؛ فإنما وإن لم نطلق القول بكون الأرش مرهوناً قبل الاستيفاء ، فلسنا ننكر تأكُّد حق المرتهن فيه ، فالإبراء في الدين<sup>(١)</sup> بمثابة الهبة في العين ، ولو وهب الراهن العين المرهونة ، لم يختلف المذهب في بُطْلَان هبته ، وإنما ترددُ الأقوال في العتق والاستيلاد ، كما تقدم .

ثم قال الأصحاب : لو كانت الجنائية على العبد المرهون موجبة للقصاص ، فللراهن حق الاقتصاص ، وقد تكرر هذا ، ولو عفا الراهن على مالٍ ، ثبت المال ، وتعلق حق المرتهن به ، وإن عفا على غير مالٍ ، ترتب على موجب العمد ، ونزل عفوه منزلة عفو المفلس المحجور عليه . وقد أشرنا إلى ذلك وأحلنا استقصاءه على كتاب الجراح .

### فضيل<sup>١٤٨٩</sup>

قال : « وأكره أن يرهن المشرك المصحف ... إلى آخره »<sup>(٢)</sup> .

٣٦٨٩ - أراد بالكراهية التحريرَ . والقولُ في بيع المصحف والعبد المسلم من الكافر قد تقدّم استقصاؤه في كتاب البيع ، وبينما المذهب فيه على أكمل بيان . والرهن على الجملة مرتب على البيع ، وهو أولى بالجواز ، وإذا منعنا بيع السلاح من العربي ، ففي رهنه منه وجهان ، وبيع السلاح من الذمي ورهنه جائز ؛ مات رسول الله

(١) يريد بالدين أرش الجنائية ، وهذا يؤكّد صحة تفسيرنا في التعليق السابق .

(٢) ر . المختصر : ٢١٥ / ٢ .

صلى الله عليه وسلم ودرعه مرهون عند [أبي الشحم]<sup>(١)</sup> اليهودي .

وقد نجز الباب في (السود)<sup>(٢)</sup> وانسل عن ضبطنا في الأصول مسائل ، ونحن نوردها فروعًا ، ومنها ما أورده المشايخ ، ولا اختصاص له بالرهن ، ونحن نتأسى بهم .

**فتوى:** ٣٦٩٠ - إذا أقر المرتهن بأن العبد المرهون قد جنى ، وكذبه الراهن ، فالقول قول الراهن في نفي الجنابة ، فإذا بيع العبد في الرهن ، وسلم الثمن إلى المرتهن عن حقه ، فجاء المقر له بالجنابة ، وقال للمرتهن قد أقررت لي بأرش الجنابة ، والآن قبضت الثمن ، فسلمه لي . قال صاحب التقريب : ليس للمقر له ذلك ؛ فإنما إن جوزنا بيع الجناني ، فهذا الثمن مسلم إلى المرتهن بحق ، ولو ثبتت الجنابة ، لم يثبت للمجني عليه على قول جواز البيع إلا بيع العبد ، فأماماً التعليق بشمنه ، فليس يثبت له ، وليس كما لو قُتل العبد الجناني واستوفيت قيمته<sup>(٣)</sup> ؛ فإن حق المجني عليه في قيمته ، كحقه في رقبته ، فإن القيمة تخلف العين ؛ حتى كأنها خلافة خلقة ، ولا حاجة فيها إلى اختيار مقابلة وإثبات معاوضة ، فأماماً ثمن البيع ، فلا حظ للمجني عليه فيه إجماعاً . فإن فرض البيع بإذنه على قولنا : لا ينفذ البيع

(١) في النسخ الثلاث : «أبي شحمة» وهو تصحيف صوابه ما أثبتناه من نص الحديث . وقد ورد هذا الاسم في أول كتاب الرهن مصحفاً في نسخة (٢٥)، (ص)، وصواباً في نسخة (٢٧)، وقد نبه الحافظ في التلخيص إلى هذا التصحيف ، وهو قد أخذه عن ابن الملقن في البدر المنير : ٦٢٩/٦ حيث قال : «ووقع في نهاية إمام الحرمين في كتاب الرهن قيل بباب الرهن والحمل بنحو ورقتين تسمية لهذا اليهودي «بأبي شحمة» ا . هـ . وكان التصحيف في نسخة النهاية التي كانت بيد ابن الملقن كان في هذا الموضع دون الموضع الأول . وهذا هو السر في أنه أحال إلى هذا الوضع ؛ فالتصحيف لم يكن في كل نسخ النهاية ، ولم يكن في كل موضع .

(٢) السود . تكرر هذا اللفظ مراراً . وهو معهود في كلام الأئمة السابقين ، يريدون به (الأصل) أو (المتن) . وهذا المراد هنا ، فهو يعني مختصر المزني ، الذي جعل لهذا الكتاب بسطاً لأنفاظ الشافعي وعباراته الواردة في هذا المختصر .

(٣) صورته أن يرتكب العبد المرتهن جنابة ، ثم قبل أن يباع فيها يجني جان على هذا العبد فيقتله ، فيستوفي السيد قيمة من الجنائي القاتل ، فيتعلق حق المجني عليه - الذي جنى عليه العبد قبل أن يقتل - بقيمة العبد ، بعد أن كان متعلقاً برقبته التي فاتت بقتله .

دون إذنه ، فهو بمثابة بيع الرهن بإذن المرتهن في حقه الحال .

هذا إن قدرنا جوازَ بيع الجناني .

وإن لم نحوز بيته ، فالثمن الذي في يد المرتهن ملكُ مشتري العبد الجناني ، ولا حظ للمجنني عليه فيه ، فينتظم منه أن المقرَّ له بالجنائية لا يرجع على المرتهن بسبب قبضه ثمن العبد الذي أقرَّ المرتهن بجنائيته . وهذا / واضح .

**فِيَّ :** ٣٦٩١ - ذكر صاحب التقريب في خلل الكلام مسألة في الجنائيات لا اختصاص لها بالرهن ، فنسردها على وجهها ، ونقول : لو جنى رجل على بهيمة ، وكانت مالخضاً<sup>(١)</sup> ، فأجهضَتْ جنينها ، وكان الجنين حيًّا لما انفصل متاثراً بالجنائية ، فمات على القرب . ذكر قولين فيما يلزم الجناني في هذه الصورة : أحدهما - أنه يلزم مه قيمة الجنين حيًّا ، ولا يلزم مه أكثر من ذلك .

**القول الثاني** - أنه يلزم مه أكثر الأمرين من نقص الأم بالولادة والإجهاض ، أو قيمة الجنين ، فأيهما كان أكثر ، فهو الواجب .

ثم قال صاحب التقريب : والقولان فيه إذا لم يظهر بالأم شيئاً سوى الولادة ، وكان للجنين لو بقي حيًّا قيمة ، [إذا مات]<sup>(٢)</sup> ، فالنظر إلى الأكثر في أحد القولين . والواجب قيمة الولد في القول الثاني .

وقد ذكر العراقيون هذين القولين على هذا الوجه .

والذي يجب الاعتناء به في المسألة فهم صورتها ، وفيها يبين مثارُ القولين ، فالبهيمة وهي مالخض تساوي مائة ، وإذا ولدت صارت تساوي تسعين ، ولم يظهر فيها نقص إلا أن الولد زايلها ، فكانت مع الولد تساوي مقداراً دونه تساوي أقلَّ منه ، لموازية الولد ، لا لعيوب أحدهما الولادة ، ثم انفصل الولد حيًّا ، وعليه أثر الجنائية ،

(١) مَخِضَتِ المرأة ، وكل حامل من باب تعب : دنت ولادتها ، وأخذها الطلق ، فهي مالخض (بغير هاء) . (مصلحة) .

(٢) في الأصل : وإذا مات ، وفي (ت٢) ، (ص) : « فاما إذا مات » والمثبت تصرف من المحقق .

ومات . فلو أوجبنا قيمة الولد ، وأوجبنا [ما انتقص<sup>(١)</sup>] من قيمة الماخص بسبب الولادة ومزايلة الولد ، لكان ذلك تضعيفاً في الغرامة ، والولد صار أصلاً بنفسه ، فسر الجمجم بين الوجهين .

وتردّ القول ، فقال الشافعي في قول : « أنظر إلى الولد ؛ فإن تعطيله صعب ، وأوجب قيمته » وقال في القول الثاني : « أوجب الأكثَر من نقص الأم بسبب مزايلة الولد وقيمة الولد ، فأيهما كان أكثر أوجبته » . هذَا بيان القولين .

**٣٦٩٢**- قال العراقيون : إذا كانت البهيمة مرهونة ، وجرى ما وصفناه ؛ فإن أوجبنا قيمة الولد ، لم يكن ذلك رهنا ، وإن أوجبنا الأكثَر ، فقيمة الولد لم تكن رهنا أيضاً ، وإن أوجبنا ما نقص من قيمة الأم بسبب مزايلة الولد ، كان ذلك رهنا .

وهذا فيه نظر ، والوجه تخريجه على أنَّ الحمل الموجود يوم الرهن هل يدخل تحت الرهن ؟ فإن قلنا : إنه داخل ، فيجب أن يكون المأخوذ من العجاني رهناً كيف كان ؛ فإنما على هذا القول كنا نبيع الولد لو بقي في الرهن .

وإن قلنا : الرهن لا يتعلّق بالجنين الموجود حالة الرهن ، فإن أوجبنا قيمة الولد ، لم يكن<sup>(٢)</sup> رهنا ، وإن أوجبنا نقصانَ الولادة ، فالمسألة محتملة ، ويظهر خلاف ما قالوه ؛ فإن ذلك النقصان لم يكن إلا لمزايلة الولد ، ولم تغير صفتها ، ويجوز أن يتخيّل ما ذكروه بناء على أصلِّ ، وهو أنَّ الحمل لو بقي إلى البيع ، لبعنا الأم حاملاً ، ولصرفنا الثمن إلى الدين ، إن لم يزد على مقداره ، فمزايَلة الولد تخرُّم هذا الوجه .

والأصح عندي أنه لا يكون رهناً ؛ فإن المزايلة قد وقعت .

**فَيَّعٌ** : **٣٦٩٣**- إذا دفع الراهن والمرتهن الرهن إلى عدلين وفوضا إليهما الحفظ مطلقاً ، فلو أن أحدهما سلم الرهن إلى الثاني كَمَلَّا ، وفوض إليه الاستقلال بالحفظ ، فهل يكون بذلك متعدياً ؟

(١) في الأصل : ما لا ينقص .

(٢) في (ص ) ، (ت ٢) : كان رهنا .

ذكر ابن سريج فيما حكاه العراقيون وجهين / : أحدهما - أنه يكون متعدياً ؛ فإنه لم يثبت لواحدٍ منهما الاستقلال بالحفظ ، فإذا أثبت أحدُهما ذلك لصاحبه ، كان على خلاف موجب الاستحفاظ .

والوجه الثاني - أنه لا يكون المسلم إلى صاحبه متعدياً ، وكذلك لا يكون المستقل متعدياً ؛ فإن استحفاظهما يشعر في الظاهر بقيام كل واحد منهما بحق الحفظ ، لو لم يكن صاحبه حاضراً ؛ فإن اعتقاد اجتماعهما أبداً على الحفظ - وهو أمر دائم - بعيدٌ . والألفاظ المطلقة تؤخذ من موجب العرف ، وليس كما لو فرضَ الوصاية إلى رجلين ، فإن التصرفات لا يستقل بها أحدهما دون الثاني ؛ فإن الاجتماع على تصرف يقع في الأوقات ليس متعدراً ، فتحمل الأمر على اشتراكهما ، وتصدور التصرف عن رأيهما ليس بعيداً ، بخلاف دوام الحفظ .

ثم إذا ثبّتنا عند إطلاق الاستحفاظ لكل واحد منهمما رتبة الاستقلال ، فلو تنازعَا ،  
فليس أحدهما أولى من الثاني . فإنْ أمكن الاشتراك في إثبات اليد ، فلا مَعْدَل عنه .  
وإن عسر ، وقد تنازعَا ، ورأى القاضي أن يقسم العين بينهما - وكانت قابلة للقسمة -  
فله ذلك ؛ فإننا إذا كنا ثبّت لكل واحد منهمما الاستقلال بالحفظ ، فلا يمتنع بسبب  
النزاع أن ينفرد كل واحد منهمما بحفظ البعض .

وإن قلنا : لا يثبت لكل واحد منهما رتبة الاستقلال - وهو المذهب عند المراوازة - فلا سبيل إلى قسمة العين بينهما ؛ فإنما لو فعلنا ذلك ، لكان مخصوصين كل واحد منهما بالانفراد في بعض العين ، وهذا يخالف موجب الاشتراك .

**فَيَرْجِعُ :** ٣٦٩٤- قال ابن سريج لو سلما الرهن إلى عدل ، ووكلاء بيعه عند محل الحق ، وكانت العين من ذوات الأمثال ، فأتلفه أجنبي ، وغرم المثل . قال ابن سريج : يسلم إلى العدل بحكم الاستحفاظ الأول ، وإذا حل الحق ، لم يبعه إلا بإذن حميد .

أما قوله : لا يبيعه إلا بإذن جديد ، فصحيح . وأما قوله : يحفظه العدل من غير

استحفاظٍ جديدٍ ، فهذا لا وجه له أصلًا ؛ فإن العين قد تبدلت ، وتقييده بالمثل يشعر بأنه لا يقول ذلك في قيمة المتقومات .

وكل ذلك خطٌ غيرٌ معدودٌ من المذهب . ولعل ابن سريج تخيل في الفرق بين الحفظ والبيع أمراً ، وهو أن العدل إذا استحفظه الراهن والمرتهن ، لم يكن لكل واحد منها أن يعدل عنه ، فكان الحفظ صار في حكم المستحق المتعين في حق هذا العدل ، فإذا فرض التلف والاستحقاق في الحفظ إذا تم<sup>(١)</sup> ، لم يبعد أن يقوم البطل مقام التالف . والإذن في البيع ليس كذلك ؛ فإن من صرفه من الراهن والمرتهن ينزعز ، فليس البيع مستحقةً متعيناً في حق العدل . فهذا إن ثبت ، فلا فرق فيه بين المتقوم والمثلي .

والظاهر عندي أنه لا بد من استحفاظٍ جديدٍ ؛ لأن العين قد تبدلت .

**فَتَبَّعَ :** إذا استعار رجل عبداً من شريكين ، فرهنه ، ثم أدى نصف الدين على قصد أنه يفك به نصيب زيدٍ من الشركين ، فهل ينفك نصبيه ؟ أم لا ينفك شيءٌ من الرهن ما بقي من الدين شيء ؟

ذكر العراقيون قولين ، ولهذا أمثلة ستأتي في الكتاب ، إن شاء الله عز وجل .  
فإن قلنا : لا ينفك ، فلا كلام . وإن قلنا : ينفك حصته من الرهن ، نظر : فإن كان المرتهن عالماً بحقيقة الحال ، فلا خيار له . وإن كان جاهلاً ، ولم يذر صدر<sup>(٢)</sup> الرهن في شركة ، فهل له الخيار ؟ ذكروا وجهين : أحدهما - له الخيار . وهو الذي بدا ش ١٩٢ قطع به الشيخ أبو محمد ، ووجهه بين . والوجه الثاني - أنه لا خيار / له ؛ فإن الذي بدا ليس عيباً بالمرهون ، والحال لا يطرد على نسق واحد في الاتحاد ، فلا خيار .

ولعل الأشبه في هذا أن المرتهن إن لم يعرف كون العين مستعاراً<sup>(٣)</sup> ، تخير ، وإن علمه مستعاراً ، فلا ضبط لمن يستعار منه .

(١) في (ت ٢) ، (ص) : « والاستحقاق في الحفظ دائم » .

(٢) صدر : بثلاث فتحات بمعنى « صدور » ، وقد تكررت إشارتنا إلى شيء من ذلك قبلأ .

(٣) كذا « مستعاراً » بالتذكير . على تأويل « الرهن » .

ويجوز أن يقال : الغالب الاتحاد في السادة ، ويبعد في الواقع العبد المشترك إلا في المواريث والتجارب بين الشركاء .

والوجه إثبات الخيار ، كما قاله الإمام .

**فِرَغُ ٣٦٩٦** : قال العراقيون : إذا رهن رجل جارية ، فعلقت بمولود رقيق من بعد ، فجئنا جانٍ عليها ، فأجهضت ، ونقصت بسبب الإجهاض نقصاناً عائداً إلى صفتها ، زائداً على مزايلة الولد ، فإذا التزم الجندي ببدل الجنين ، لم يكن رهناً ؟ فإن الولد طارئ ، وليس للمرتهن بسبب نقصان الجارية شيء ؟ فإن نقصانها يندرج تحت بدل الجنين ، وببدل الجنين خارج عن الرهن ، فنقصان الجارية في حق المرتهن بمثابة النقصان بأفة سماوية . وهذا حسن لطيف .

**فِرَغُ ٣٦٩٧** : إذا قُتل العبد المرهون ، فجاء إنسان ، وقال : أنا قتله . فإن صدقه الراهن والمرتهن غرّمناه القيمة ، ووضعنها رهناً . وإن كذباه ، لم يخفَ الحكم . فإن كذبه المرتهن وصدقه الراهن ، غير القيمة ، وفاز بها الراهن ؟ فإن المرتهن أنكر حقه فيها .

وإن صدقه المرتهن ، وكذبه الراهن ، فتؤخذ القيمة وتجعل رهناً في يد المرتهن . ثم إذا حلَّ الدينُ وقضى الراهنُ الدينَ من موضع ، آخر ، فترت ذلك القيمة على المُقرِّ بالجنائية ؟ فإن الراهن منكر لاستحقاقه .

وفي هذه المسألة وأمثالها خلافٌ ، ولكننا جرينا على الأصح .

وقد نقول : نضع تلك القيمة عند الوالي ، ويعتقدوها مالاً ضائعاً .

**فِرَغُ ٣٦٩٨** : قال صاحب التقريب : إذا خلّى الراهن بين المرتهن وبين الرهن المشروط في البيع ، فامتنع من قبضه ، فهل يجره القاضي على قبضه ؟ فعلى وجهين : أحدهما - أنه يُجبر ؛ حتى ينقطع خياره في فسخ البيع . وقد تتلف تلك العينُ المعينة قبل القبض وقد تعيب<sup>(١)</sup> .

(١) عَابَ يعيب عيّباً من باب سار . إذا صار ذا عيّب . (المعجم والمصباح) .

والوجه الثاني - أنه لا يجبر على القبض ، ولكن ، إن امتنع من القبض ، أبطل القاضي خياره في فسخ البيع . اهـ<sup>(١)</sup> .

\* \* \*

(١) هنا انتهت نسخة (ت ٢) (الجزء التاسع منها) وجاء في نهايته ما نصه : « تم الجزء العاشر بحمد الله وعونه ، وحسن توفيقه ، وصلى الله على محمد نبيه وعلى آله وصحبه وسلم ، وشرف وكرم وعظم . يتلوه في الجزء الحادي عشر - إن شاء الله : باب في الرهن ، والحميل في البيع » .

هذا وقد أخطأ الناسخ في قوله : « تم الجزء العاشر » وإنما هو التاسع كما دُونَ على غلاف ، وكما جاء على غلاف التالي أيضاً أنه العاشر .

١٩٢ ش

## (١) / بابٌ

### في الرَّهْن وَالْحَمِيلِ (٢) في البيع

ذكر الشافعي ، رحمة الله في أول الباب أن الرهن أمانة ، وتعلق بطرق من الحجاج ، وسيأتي في ذلك بابٌ ، ثم قال : « فلو باع رجل شيئاً على أن يرهنه به من ماله ... إلى آخره »<sup>(٣)</sup> .

٣٦٩٩ - شرط الرهن جائز في البيع ، وإن كان مطلقاً العقد لا يقتضيه ، ولكن لما كان من مصلحة العقد ، عُدَّ شرطه<sup>(٤)</sup> جائزاً ، وكذلك شرط الضمان والإشهاد ، فهذا الوثائق الثلاث يجوز شرطها في البيع ، وذكر الشافعي لفظاً في صدر الفصل ، نذكر ما فيه أولاً ، ثم نخوض في مقصود الباب .

ظاهر لفظه يدل على أن البائع إذا قال : بعتك عبدي هذا بألفٍ على أن ترهنني دارك هذه ، فقال المشتري : اشتريت ورهنت ، فالرهن ينعقد من غير قبول يصدر من البائع ، ومقتضى كلامه دليل على إقامة شرط البائع في الرهن مقام قبوله ، من غير احتياج إلى شيء آخر . وقد صار إلى هذا طوائف من أصحابنا .

والأصح الذي ارتضاه المحققون أن الرهن لا ينعقد مالم يذكر البائع بعد إيجاب المشتري الرهن قبولاً له ، ولا يقع/ الاكتفاء بالشرط الذي يقدم ؛ فإن الرهن عقد مفترٌ<sup>(٥)</sup> ي إلى الإيجاب والقبول ، فلا بد منهما ، وليس شرط الرهن بمثابة استدعايه ؛ فإننا على قول صحيح نقيم استدعاء العقد من أحد الجانبين ، مع الإيجاب من الجانب الثاني مقام

(١) تستمر نسخة (ت ٢) في جزئها العاشر . فتبقي النسخ ثلاثة ، كما سيظل الأصل هو نسخة (٢ـ٥) .

(٢) الحَمِيلُ : بفتح المهملة وكسر الميم : الكفيل (الظاهر) .

(٣) ر . المختصر : ٢١٥/٢ .

(٤) في (ت ٢) : شرطاً .

شقي العقد ؛ وليس الشرط في معنى الاستدعاء ؛ إذ صيغة الاستدعاء : أن يقول : أرهن مني دارك هذه بألف ، فإذا قال : رهنتها بالألف ، كفى ذلك ، على الصحيح .

ومن قال بظاهر النص ، احتاج بأن الرهن وإن كان عقداً قائماً ، يتعلّق<sup>(١)</sup> بالبيع من جهة الشرط ، فيجوز أن يقوم الشرط فيه شيئاً ، بخلاف العقد الذي لا يكون مسروطاً في عقد ، وهذا ضعيف .

فإن قيل : كيف تقولون ظاهر النص ؟ قلنا : ليس التعرض للإيجاب والقبول من مقاصد الفصل ؛ فلم يفصله الشافعي ؛ فالقبول مضمراً معنى ، وإن لم يصرح به .

٣٧٠٠ - ثم إنما يصح شرط الرهن إذا عين ، ولا يسوغ اشتراط رهن مطلقاً وفاماً ، ولو شُرط رهن على الجهة ، كان الشرط فاسداً . وعند ذلك يختلف القول في فساد البيع ، كما سيأتي ، إن شاء الله تعالى .

وكذلك إذا كان يشترط في العقد ضميناً بالثمن ، فلا بد من تعينه ؛ فإن الأغراض تختلف بمراتب الضماناء .

وإذا شرط رهناً معيناً ، فهل يشترط بيان من يوضع على يديه ، فوجهان : أحدهما - لا بد من ذلك ؛ فإن الغرض يختلف به . ومنهم من قال : لا يشترط ، لأن الرهن هو الوثيقة ، وهو متعين لا جهالة فيه ، وظاهر النص مع الوجه الأول .

وإن فرعنا على الثاني ، فإن اتفقا على يد عدل أو على يد المرتهن ، فذاك . وإن تنازعا ، رفع الأمر إلى الحاكم ؛ حتى يعيّن عدلاً ، ويقطع الخصومة بينهما . فإن عين رهناً ، فلم يف المشتري برنه ، ثبت الخيار للبائع في فسخ البيع ، وكذلك إذا كان عين كفيلاً في شرطه ، فامتنع ذلك الشخص من الكفالة ، تخير البائع . ثم إذا ثبت الخيار في البيع ، فإن فسخ فذاك ، وإن أجاز ، ورضي ، لزم العقد ، ولم يتخير المشتري . وقال مالك يتخير المشتري ، وتعرض الشافعي للرد عليه بما لا نحتاج إلى ذكره .

(١) جملة « يتعلّق » في محل نصب صفة ثانية لـ« عقداً » .

### فِصْلٌ ثالثٌ

قال الشافعي : « ولو كانا جهلا الرهن والحميل ، فالبيع فاسد... إلى آخره »<sup>(١)</sup> .

٣٧٠١ قد ذكرنا أن الوثائق ثلاثة : الرهن ، والكفيل ، والشهادة ، أما الرهن والكفيل ، فلا بد من تعينهما ، وأما الشهادة ، فلا يشترط تعين من يتتحمل الشهادة ؟ وذلك أن الأغراض تختلف على الجملة باختلاف الرهون والضماء ، فأما الشهادة ، فالغرض منها أن يتحمل عدُول العقد أو الإقرار به ، وهذا لا يختلف باختلاف العدول ، واتفق أصحابنا عليه ، فلا يشترط إذن تعين الشاهد .

ولتكن لو عين العاقد شهوداً في شرطه ، فهل يتعينون كالرهن والكفيل ، فعلى وجهين : أحدهما - يتعينون كالرهن والكفيل ، فإن لم يشهد المتعيين ، تخير الشارط . والثاني - لا يتعينون ، وإن عُينوا شرطاً ؛ إذ لو تعينوا ، لوجب شرط تعينهم كالرهن والكفيل .

ثم قال الأئمة : إذا حكمنا بأنهم لا يتعينون ، وألغينا شرط التعين ، فلا يفسد العقد بهذا ؟ من جهة أنا أخرجنا تعين الشهود من مقاصد العقود ، وكل شرط لا يتعلق بمقصود العقد ، ففساده لا يبطل العقد ، كما لو قال : بعتك هذا العبد على أن يلبس الخز ، وما في معناه من الشرائط اللاحقة .

ثم إذا لم يتعين الشهود ، فلا يبعد أن يقال : ينبغي أن يأتي المشروع عليه برجال يقربون من المعينين في الصفات المقصودة في / الشهادة ، حتى لا يكتفي بإشهاد أقوام ش ١٩٣ يظهر انحطاطهم عنهم . والعلم عند الله تعالى .

٣٧٠٢- ثم إذا شُرط في العقد رهن مجهول ، أو كفيل من غير تعين ، فقد ذكرنا فساد الشرط . ثم إذا فسد الشرط ، ففي فساد البيع قولان : أحدهما - يبطل كسائر الشروط الفاسدة . والثاني - لا يفسد البيع ؛ لأن الرهن عقدٌ مبتدأ ينفصل عن البيع . وقد يتأخر

عقد الرهن عن عقد البيع ، فليس إذن هو صفة في البيع ، فلا يفسد البيع بفساده . والصادق لما لم يتصل ركناً في العقد ، وتصور انفراد النكاح عنه ، لا جرم لم يفسد النكاح بفساده .

فإن قيل : لم قطعتم بذلك في الصداق ، وجعلتم المسألة على قولين في شرط الحَمِيل والرهن ؟ قلنا : في الصداق قولٌ ضعيف أيضاً سيأتي في موضعه ، إن شاء الله تعالى ؛ ثم الرَّهْن إذا كان مجهولاً ، صار الثمن مجهولاً ؛ فإنه متعلق الثمن ، وجهالة الثمن تُبطل العقد . وهل يرد على هذا شرط الرهن الصَّحِيح ؟ فإنه إذا انضم إلى الثمن ، كان زيادة ، وليس مضبوطة ، فكان العين مبيع بالفِ وشِيء . قلنا : إذا كان الرهن معلوماً ، فليس يخفى وقوعه ، ثم هو كالأجل والخيار في أنه من مصالح العقد ، فاحتمل شرطه ، ولا ضرورة في شرط المجاهيل ، كما ذكرناه في الأجل .

### فصلٌ ثالثٌ

ولو قال : « رهنتك أحدَ عبدِي ... إلى آخره »<sup>(١)</sup> .

قد ذكرنا أن هذا مجهول ، وشرط الرهن المجهول فاسد .

ثم قال : « لو أصاب المرتهن بعد القبض بالرهن عيباً ... إلى آخره »<sup>(٢)</sup> .

٣٧٠٣ - إذا اختلف الراهن والمرتهن بعد قبض الرَّهْن في عيبٍ كان بالرهن ، فقال الراهن : حدث العيب في يدك ، وقال المرتهن : بل كان قدِيمَاً في يدك ، فالقول قول الراهن ، كما قدمناه في اختلاف المتباعين . وهذا إذا لم تكذب المشاهدة أحدهما ، فلا يخفى حكمه إن كان كذلك . ثم إن كان الرهن مبتدأ غير مشروط ، فلا أثر للعيوب فيه ؛ فإن المرتهن لو أراد أن يفسخ الرهن من غير عيب ، كان له ذلك ، وإنما مسائل عيوب الرهن فيه إذا كانت مشروطة في البيع ، فإذا فرض الرهن مشروطاً في البيع ، ثم اطلع المرتهن على عيبٍ قدِيمٍ به ، كان له أن يفسح البيع ، ولا يتأتى ذلك منه ، ما لم

(١) ر . المختصر : ٢١٥/٢ . وفيه : « أرهنك » .

(٢) السابق نفسه .

يرد الرهن ، ففائدة الاطلاع على عيب المرهون رد البيع .

ولو قال : لست أفسخ البيع ، ولكني أرد الرهن . قيل له : لا فائدة في ردك إذا<sup>(١)</sup> إلا فسخ الرهن ، ولو لم تطلع على عيب ، لكنَّ ممكناً من فسخ الرهن .

٣٧٠٤ - ولو كان الرهن مشروطاً في البيع ، فقبضه المرتهن ، وتلف في يده ، ثم اطلع على عيب قديم به ، فالرد بعد التلف غير ممكن في المبيع والثمن ، ولكن يثبت للمطلع على العيب الرجوع بأරشه عند تعذر رده . والأرش لا معنى له في الرهن ؟ فإن معناه في البيع الرجوع بقسطٍ من العوض المقابل للمبيع الفائت ، والمرهون لا عوض له حتى يُفرض الرجوع في قسطٍ منه ، فإذا لم يكن الرجوع ممكناً ، فهل يثبت للمطلع على العيب حق فسخ البيع ؟ فعلى وجهين : أحدهما - لا يثبت ؛ فإن حق الفسخ مرتب على رد الرهن ، فإذا عسر رده ، ولم يمكن أن نثبت للعيب أرشاً ، فلا وجه إلا سُدُّ باب الرد وإلزام البيع .

والوجه الثاني - أنه يرد البيع ويفسخه / ويقول : استحققت بالشرط رهناً سليماً ، ١٩٤ يـ فلم يتتفق الوفاء به ، فكأنك لم ترهن عندي ، ولو شرط<sup>(٢)</sup> البائع رهن عبدين عيئهما ، فرهن المشتري أحدهما دون الثاني ، فللبائع فسخُ العقد بنقصان الصفة<sup>(٣)</sup> ؛ من حيث إنه يؤثر في المقصود بمثابة نقصان العين .

والسائل الأول يقول : شُرط للبائع رهنٌ معين ، فوقَّي المشتري به ، فلم يوجد من جهته تأخير وتقصير يكون به غير موفِّ بالشرط ، ثم تعذر الرَّدُّ ، فَفَسَخُ عَقْدُه بعيد . وليس كما لو شرط رهن عبدين ، فلم يف بأحدهما . وهذا يتوجه عليه أن الرد ثبت إذا

(١) في (ت ٢) ، (ص) : للإذن .

(٢) لهذا استمرار لتوجيه الوجه الثانيسائل بأن له أن يفسخ البيع إذا اطلع على عيب قديم بالمرهون ، فهي ليست صورة مستقلة .

(٣) في الكلام حذف ، والتقدير : ولو شرط البائع رهن عبدين عيئهما ، فرهن المشتري أحدهما دون الثاني ، فللبائع فسخ العقد ، هذا لا خلاف فيه ، فكذلك له فسخ العقد بنقصان الصفة عند اطلاعه على عيب قديم من حيث إنه يؤثر في المقصود تأثير نقصان العين عندما رهن أحد العبددين دون الثاني .

كان المرهون باقياً ، ولا يقال : قد وفى المشتري بما شرط عليه في معين .  
هذا بيان الوجهين .

### فِصْنَلْكُ

قال : « ولو اشترط أن يكون المبيع بعينه رهناً ، فالبيع مفسوخ . . . إلى آخره »<sup>(١)</sup> .

٣٧٠٥ - إذا شرط البائع جعل المبيع رهناً بالثمن ، نفرع هذا على الأقوال في أن البداية في وجوب التسليم بمن ؟ فإن حكمنا بأن البداية بالبائع ، فشرط حبس المبيع بطريق الرهن يخالف هذا المقتضى ، وإذا خالفه ، فسد ، وأفسد العقد . وكذلك إذا قلنا : مما يجبران على تسليم العوضين ، أو قلنا : لا يجبران . ومن بدأ بتسليم العوض الذي التزمه ، أُجبر صاحبه على تسليم مقابلة . فإذا وقع التفريع على هذين القولين ، ثم جرى في العقد شرط رهن المبيع ، فسد الشرط ، وفسد البيع ؛ من جهة أنه تضمن خروج البيع عن مقتضاه ، فلا يتحمل هذا .

ومن الأصول المعتمدة في البياعات أن العقد إذا كان له مقتضى عند الإطلاق ، فلا يجوز تغييره في مقتضى إطلاقه بما لا نفع فيه ولا مصلحة تتعلق بالعقد . فأما الشرط الذي يتعلق بمصلحة العقد ، فلا يجوز الاسترسال في تجويفه ، بل يتبع فيه توقيف الشارع ، كال الخيار وما في معناه ؛ فإن هذه الأشياء في المعاملات كالشخص في العبادات ، فلئن ثبت الرهن بنص الكتاب والإجماع ، فرهن المبيع من وجوه لا حاجة إليه ، وهو على حالٍ مغيرٍ لمقتضى إطلاق العقد ، ولا توقيف فيه ، فلا سبيل إلى احتماله .

فإذا قلنا : البداية بالتسليم على المشتري ، والمبيع بحق العقد محبوس بالثمن ، فلو شرط البائع رهن المبيع عنده بالثمن ، فهل يصح الشرط على هذا القول ؟ فعلى وجهين : أحدهما - يصح ؛ فإنه موافق لمقتضى العقد ؛ إذ مقتضاه على هذا القول

والوجه الثاني - لا يجوز الشرط ، ويفسد العقد به ؛ لأن المبيع إذا كان محبوساً بالثمن ، فهو من ضمان البائع ، والرهن لو قدر ثبوته ، فمقتضاه أن يكون المرهون أمانة في يد المرتهن ، فقد اختلف موجب الحبسين ، فشرط أحدهما مع الثاني طلب الجمع بين مختلفين .

ثم إن حكمنا بصحة الشرط ووفى المشتري به ، فالمبيع يكون مرهوناً عند البائع مضموناً عليه بحكم العقد ؛ فإن ضمان العقد لا يزول إلا بالقبض ، ولا يتصور على مذهبنا مرهون يسقط الدين بتلفه إلا هنا ، ولكن الثمن لا يسقط بسبب تلف الرهن من حيث كان رهناً . وإنما يسقط بتلف المبيع من حيث كان مضموناً على البائع .

٦- ٣٧٠ ثم قال الشافعي : « ولو قال للذى عليه الحق : أرهنك على أن تزيدني في الأجل . . . إلى آخره »<sup>(١)</sup> . إذا قال المشتري والثمن مؤجل عليه للبائع : أزيدك / ١٩٤ ش رهناً ، فزدني أجلاً . فنقول : الزيادة لا تلحق بالعقد ؛ فلا مطعم في حصول هذا الغرض . وينظر إلى الرهن الذي يزيده المشتري ، فإن أطلقه وما ذكر معه شرطاً ، فالذى تقدم من الزيادة في الأجل لغو ، وهذا الرهن ثابت . وإن شرط في الرهن الزيادة في الأجل ، فقد ضمن الرهن شرطاً فاسداً ، ففسد الرهن به .

### فِصْنَلْكٌ

قال : « ولو أقر أن الموضوع على يديه الرهن قبض الرهن . . . إلى آخره » .

٧- ٣٧٠ إذا رهن الرجل عيناً ، وكان ذكرها عدلاً . ثم قال الراهن : سلمت الرهن إلى العدل ، وقبضه عن جهة الرهن ، ثم استردته منه بعد لزوم الرهن للاستفادة أو غيره من الأغراض . فقال العدل : ما قبضت ، ثبت لزوم الرهن بقول الراهن ؟ فإنه معترض على نفسه بلزوم الحق للمرتهن ، فكان مؤاخذاً بإقراره . وقوله غير مقبول على

العدل ، حتى لو بيع ذلك الرهن [و<sup>(١)</sup>] خرج مستحقا ، فليس لمستحقه مطالبة العدل ، بناء على أن متابعته قد مر بيده ؛ فإنما لم نصدق الراهن على العدل ، وإنما حكمنا عليه بموجب إقراره ليثبت حق المرتهن ، وهذا هيin المدرك في أحكام الأقارب [وما<sup>(٢)</sup>] يتصل بها من القضايا .

ولو قال لمن وكله بالبيع : قد بعثت ما وكلتك ببيعه من فلان ، فإقراره محكم به مقبول في حق المعين للشراء ، ولكن لا يقبل إقراره على الوكيل إذا كان يتعلق بالوكيل ضمان أو عهدة ، ولو أراد المشتري المقرؤ له أن يطالب الوكيل بعهدة العقد بناء على إقرار البائع له بالبيع ، لم يمكنه ذلك ؛ لأن الوكيل لم يعترف بالبيع ، وإقرار الموكلا إنما يقبل على نفسه للمشتري ، ولا يقبل على الوكيل حتى يلزم منه عهدة .

### فضيحة

قال المزني : « وجملة قوله في اختلاف الراهن والمرتهن أن القول قول الراهن في الحق ، والقول قول المرتهن في الرهن . . . إلى آخره »<sup>(٣)</sup> .

٣٧٠٨ - أراد المزني أن يضبط الصور التي يُصادق فيها الراهن ، والمسائل التي يُصادق فيها المرتهن ، فأتي بقول مبهم لا يفهم ، وأجرى كلاماً ظاهراً لفساد ، ولا يجوز أن يشكل عليه وجه الحق فيه ، فاجتمع أمران : أحدهما - أنه لم يُتنفع بضبطه ، والآخر - أنا نحتاج إلى تأويل اللفظ .

أما قوله : « القول قول الراهن في الحق » ، فصحيح ، ومعناه لو اختلفا في قدر الحق ، فقال الراهن : رهنت بخمسمائة ، وقال المرتهن : بalf، أو اختلفا في الجنس ، فقال الراهن : رهنت بالدنانير ، وقال المرتهن : بل بالدرارم التي لي عليك ، وكانت له عليه درارم ودنانير . فالقول قول الراهن .

(١) في الأصل : أو .

(٢) في النسخ الثلاث : ومما .

(٣) ر . المختصر : ٢١٦/٢ .

وأما قوله : « القول قول المرتهن في الرهن » ، فمشكل ؛ فإن الراهن والمرتهن لو اختلفا في مقدار الرهن ، أو في إقباضه ، فنفي الراهن مقداراً عن الرهن ، أو نفي الإقباص ، فالقول في ذلك كله قول الراهن ، فلا يستدَّ مطلقاً قول المزني ، ولا بد للفظه من تأويل ، فنذكر وجهه ، وهو على التحقيق مراده ، وسياق كلامه دليل عليه : فمراده أن الرهن إذا كان مشروطاً في البيع ، فالمرتهن هو البائع والراهن المشتري ، فإذا تنازعا في أصل الرهن ، كان أو لم يكن ، أو في قدره ، أو جنسه ، فهذا اختلاف المتباعين في صفة العقد ، والحكم فيه/ التحالف . ثم البداية على الأصح تقع بالبائع ١٩٥ ي و هو المرتهن ، فالمعني بقوله : « القول قول المرتهن » هذا .

ويمكن أن يُفرض نزاعٌ في بعض أحكام الرهن ، والقول فيها<sup>(١)</sup> قول المرتهن : وذلك إذا اتفقا على الرهن والقبض ، فقال الراهن : فسخنا الرهن . وقال المرتهن : لم نفسخه ، فالقول قول المرتهن ؛ لأن الأصل أن لا فسخ .

ثم قال : « فيما يشبه ولا يشبه » : وهذا رد على مالك ؛ فإنه يقول : لو كان الدين ألفاً ، فقال المرتهن رهنتني هذا العبد ، وقيمه ألف ، فقال الراهن : بل رهنتك الآخر ، وقيمه خمسمائة . قال مالك<sup>(٢)</sup> : القول قول المرتهن ؛ لأن الظاهر أنه لا يرضي أن يرتهن بالألف ما يساوي خمسمائة ، وهذا الذي ذكره مالك لا عبرة به ، ولا نظر إلى مقدار القيمة .

### فَصَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ

قال الشافعي : « ولو قال الرجل لرجلين : رهتماني . . . إلى آخره »<sup>(٣)</sup> .

٣٧٠٩ - إذا ادعى رجل على رجلين أنهما رهنا منه عبدهما بمائة ، نظر : فإن صدقاه ، ثبت الرهن ، وإن كذباه ، فالقول قولهما مع اليمين ؛ لأن الأصل عدم الرهن . فإن صدقه أحدهما وكذبه الآخر ، فنصيب المصدق وهو النصف رهن

(١) إلى هنا انتهت نسخة (ص) . وهي ناقصة من آخرها . ولذا خلت من الخاتمة .

(٢) ر . الإشراف للقاضي عبد الوهاب : ٥٨٥ / ٢ مسألة : ٩٧٧ .

(٣) ر . المختصر : ٢١٦ / ٢ .

كتاب الرهن / باب في الرهن والمحميل في البيع  
بخمسين إذا كان الدين مائة ، ونصيب المكذب خارج عن الرهن إن حلف على ما نفاه ، فإن شهد المصدق على المكذب ، فشهادته مقبولة ؛ فإن شهادة الشريك على الشريك مقبولة ، وإنما النظر في شهادة الشريك للشريك ، كما سندكره الآن ، إن شاء الله عز وجل .

٣٧١٠ - ولو أدعى رجلان على رجل أنه رهن عندهما ثوباً<sup>(١)</sup> له . فإن صدقهما ، فذاك . وإن كذبهما ، فالقول قوله مع يمينه . وإن صدق أحدهما دون صاحبه ، فالنصف رهن من المصدق ، فإن شهد هذا المصدق للمكذب ، ففي قبول شهادته وجهان : أحدهما - أنها مقبولة ؛ إذ لا جر<sup>(٢)</sup> في شهادته ، ولا دفع . والوجه الثاني - لا تقبل شهادته له ، وهذا الخلاف في الشهادة يتبين على أصل سندكره في كتاب الأقارب وكتاب الدعاوى ، إن شاء الله تعالى .

والذي لا بد من ذكره هنا أن رجلين إذا ادعيا اتهابهما [عبدأ]<sup>(٣)</sup> من رجل ، وأنه وله منهما وسلمه إليهما ، فصدق المدعى عليه أحدهما ، وكذب الثاني فيسلم من تصديقه الهبة في النصف ، ثم ذلك النصف هل يستبدل به المقرئ له ؟ أم لصاحب أن يقول : نحن فيما بيننا تصادقنا وتقاررنا على أن الهبة جرت مشتركة إيجاباً وقبولاً وتسليمًا . وقد سلم النصف بإقراره ، فليكن هذا مشتركاً ؟ فيه وجهان : أحدهما - أن النصف يسلم للمقرئ له لا نزاع فيه . والثاني - أن صاحبه يشاركه في النصف الذي سليم . وهذا التردد يجري في كل ملكٍ وحقٍ متلقٍ من عقدٍ على سبيل الشيوع .

ولو اعترف بأن هذه الدار ورثتها أنا وفلان من أبينا ، وكانت مجمدة ، فسلم لأحدهما بعضها ، فيشركه فيها شريكه في الميراث . وسيأتي هذا بأصله وتفرعيه .

عدنا إلى غرضنا : إذا ادعيا على رجل أنه رهن منهما ، فأقر لأحدهما ، فذلك الحاصل بالإقرار إن قلنا : يختص به المصدق ، فشهادته مقبولة للمكذب ، وإن

(١) في (ت٢) : عبدهما يوماً له . وانظر الشرح الكبير : ٧٢/١٠ ، فيه المسألة نفسها بتصوير أنه رهنهمما عبداً هذدا .

(٢) أي لا تجر هذه الشهادة ففعاً للشاهد ، ولا تدفع عنه ضرراً .

(٣) في الأصل : عينا .

قلنا : يُشرِّكُه فيه المكذب ؛ فشهادته تتضمن دفعاً عن نفسه ؛ فترت لذلك .

٣٧١٠ - ولو ادعى رجلان على رجلين أنهما رهنا عبداً لهما منهما ، فإن صدقاهم ، ثبت الرهن ، وإن كذباهم / ، فالقول قولهما مع أيمنهما ، والنزاع بينهم ١٩٥ ش يتصور على وجوه ، ولا يكاد يخفى مدرك جميعها على متامل .

ونحن نذكر أغمض الصور ، فنقول : إذا ادعى بكر وخالد على زيد وعمرو أنهما رهنا منهما عبدهما المشتركة بينهما ، فصدق زيد خالداً وكذب بكرأ ، وصدق عمرو بكرأ ، وكذب خالداً . وكل واحد من زيد وعمرو له نصف العبد ، وقد جمع في نصفه بين إقرار وإنكار ، فيضمن بكر من جهة المقر مقرراً له بربع العبد ، وهو نصف نصيب أحدهما ، وكذلك الثاني . ولا غموض لهذا .

وإنما يهاب المبتدئ هذا لما نقل بعض الأئمة أن ابن سريج قال : ما<sup>(١)</sup> انتهيت إلى هذه المسألة إلا احتجت إلى إتقان<sup>(٢)</sup> الفكر ، حتى أثبتها على حاشية الكتاب .

### فَصَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ

قال : « وإن كان له على رجل ألفان ... إلى آخره »<sup>(٣)</sup> .

٣٧١١ - إذا استحق على رجل دينين من جهتين ، ومبلغ كل دين ألف ، فإن رهن بألف في جهة مخصوصة عبداً ، ثم إن من عليه الدين أدى ألفاً ، وتنازع الراهن والمرتهن ، فقال المرتهن : أديت الألف الذي لم يكن موثقاً بالرهن ، والرهن باقي بالألف الثاني . وقال المؤدي : بل أديت عن الرهن ، وفككته .

فنقول : لا شك أن الاعتبار بقصد المؤدي ، حتى لو فرض منه قصد في أداء دين مخصوص ، ولم يفرض من القابض قصد في القبض ؛ فإن المؤدي يقع في حكم الله تعالى على نحو قصد المؤدي . فإذاً تبين هذا حكماً ، حتى قال الأصحاب : لو ظن

(١) في (ت ٢) : لما .

(٢) في (ت ٢) : أضعاف . ولعلها : « إمعان » .

(٣) ر . المختصر : ٢١٦/٢ .

كتاب الرهن / باب في الرهن والحميل في البيع  
القابض أن المؤدي يودعه الألف ، وأنه مستحفظ فيه ، وقصد المؤدي قضاء حقه ،  
فالقبض يتم ، وذمة المؤدي تبرأ .<sup>١</sup>

وهذا فيه أدنى نظر عندي ؛ فإن الإقباض شرطه التملיך ، وكل من عليه الدين إذا  
أداه ، فكأنه يملك القابض ، ويثبت له في الأعيان ملكاً ؛ فإن حقه لم يكن متعلقاً بعين ،  
فإن وصل المُقْبِضُ فعله بقولِ ، فذاك . وإن لم يصله بقولِ ، فلا يبعد أن نقول : لا بد من  
مَخِيلَة مُمْلِكَة مشعرة بتسليط القابض ؛ فإن التملיך بالمبهمات غير متوجه .

٣٧١٢- فإذا تبين ما ذكرناه ، عاد بنا الكلامُ بعده إلى طريق فصل التنازع .

فنقول : إذا اختلف الراهن والمرتهن على ما ذكرناه ، فالقول قول الراهن مع  
يمينه . ولو قال : أديتُ الألف ، وقصدت أن يكون نصفه عن جهة الرهن ، ونصفه عن  
الألف المرسل ، فهو مصدق ، فإن نُوزع ، يُحَلَّف .

وإن قال : لم يكن لي قصدُ في تعين جهة ، وإنما أديت الألف مرسلاً ، ففي  
المسألة وجهان : أحدهما - أنا نقول له : الآن اصرف الألف إلى أي جهة شئت . فإن  
صرفه إلى الرهن ، انفك . وإن صرفه إلى الآخر ، بقي الرهن ، وإن قسمه عليهما ،  
انقسم . والوجه الثاني - أن الأداء المطلق محمول على التقسيم ، فيقع عن كل دين  
قسطٌ من المؤدي . فإن [استويا]<sup>(١)</sup> في المقدار يقتضي عليهما بالسوية ، وإن اختلفا ،  
يقتضي عليهما على تفاوت القدرین .

ولهذا نظائر منها : أنه لو أقرض مشركاً ألفاً بألفين ، ثم قضاه أحد الألفين  
ي ١٩٦ في الشرك ، ثم أسلما ، فقال المؤدي : أديتُ في الشرك ما أديتُ عن / جهة الربح ،  
فالألف قائم عليه ، وهو مطالبٌ به في الإسلام . وإن زعم أن الذي أديته قصدتُ به  
تأدية رأس المال ، فهو مصدق ، وإن اتهم ، حُلَّف . ووجب تصديقه الحكمُ  
ببراءته ؛ فإن أصل الدين قد تأدى ؛ ولا ربح في الإسلام . وإن زعم أنني أديت الألف  
ولم أقصد صرفه إلى جهة مخصوصة ، فوجهان : أحدهما - أن المؤدي مُقسّط على  
الربح ورأس المال . وحكم ذلك أن يطالبه في الحال بخمسمائه ؛ فإنه قد أدى

(١) في الأصل : استوفي .

خمسمائة من الأصل ، ولم يبق إلا خمسمائة ، ولا ربح .

والوجه الثاني - أنه يقال له : اصرف ما أديته الآن إلى ما شئت ، فإن صرفه إلى الربح ، فعليه الألف التام عن جهة رأس المال . وإن صرفه إلى رأس المال ، سقط الربح ، وسقطت المطالبة . وإن بعض قصده بعض الأمر ، ولم يختلف الحكم ، كما قدمناه .

وكذلك لو ترايا في الشرك درهماً بدرهمين ، وأق卜ض الزائد المفضل أحدهما ، ثم أسلما ، فالقول في القصد والاختلاف على حسب ما مضى . وهلذه المسألة مفروضة في البيع ، والأخرى التي قبلها مفروضة في القرض . ولا فرق .

ولو وكل الرجالان رجلاً ليقتضي دينين لهما على رجلٍ ، وكل دين ألف مثلاً فدفع من عليه الدينان ألفاً إلى الوكيل ، فإن قال حال الدفع : خُذْه عن دين فلان ، وعيّن أحد موكليه ، وقع عن تلك الجهة . ولو قال بعد ذلك : قصدت خلاف ما قلت ، لم يقبل منه . وهذا يطرد في جميع المسائل التي ذكرناها . ولو لم يقل شيئاً ، ثم راجعناه ، فقال : قصدت أحد الموكلين ، وقع المقبوض على حسب قصده . وإن قال : لم أقصد تعين واحد منهما ، فيعود الوجهان ، نقول في أحدهما : يتقوط ما أداه على ديني الموكلين ، ونقول في الثاني للمؤدي : اصرف الآن قدرك إلى من شئت منهما أو قسّط عليهم .

٣٧١٣ - ولو قال من عليه الدين للوكيل من جهة المستحقين : خذ الألفَ وادفعه إلى فلان . فقد اختلف أصحابنا في هلذه المسألة ، فمنهم من قال : إذا جرى ذلك ، انعزل الوكيل بالقبض عن حكم ذلك التوكيل ، وصار وكيل للمؤدي ؛ فإن حكم قوله : ادفعه أن يتوقف الأمر على وصوله إلى الموكل ، وحكم البقاء على توكيله بالقبض أن يبرأ الدافع بالدفع إلى الوكيل ، فلا يكون لقوله : ادفع إلى فلان معنى .

ومن أصحابنا من قال : لا ينعزل عن التوكيل بالقبض ، وإن قبل التوكيل بالدفع على اللفظ الذي حكيناه ؛ وذلك أن يد الوكيل ليست [تنتهي بالقبض]<sup>(١)</sup> [ومعنى قبضه

(١) في الأصل : متنهى القبض . ومطموسة في (ت ٢) .

أن يوصله إلى موكله . فإذا قال من عليه الدين : ادفع هذا إلى موكلك ، لم يكن ما قاله مضاداً للقبض ، والمسألة محتملة لطيفة . والأفقه الوجه الأول .

٣٧١٤- ثم مما يجب التنبه له في تصوير المسألة أنا لا نشترط من الوكيل تصريحاً بالقبول لما قال من عليه الدين : ادفع إلى موكلك ، بل مجرد قوله له : ادفع يتضمن أنني لا أقنع بيده على حسب ما وكلك صاحبك ، ولكن آمرك ابتداءً بأن تسلمه إليه . هذا ما نشأ منه التردد . وهو لا يفتقر إلى تصوير قبول . فليفهم الناظر .

وأثر ما ذكرناه أنا إذا قلنا : لا يقع قبضه على حكم توكيلاً موكله ، فلو تلف في ش ١٩٦ يده ، فذمة من عليه الدين مشغولة . وإن قلنا : إنه يبقى على حكم التوكيل بالقبض ، فلو تلف ما قبضه في يده ، كان من ضمان موكله ، وقد برىء المؤدي ، فإن لم يكن من الوكيل تقصير ، فلا ضمان أصلاً ، وإن كان منه تقصير ، فهو متعدٌ في ملك غيره . وطرف الإنصاف والانتصاف بينهما بين ، والغرض ما اتضح من براءة المؤدي .

### فِصْنَدِلٌ

قال : « ولو قال : رهنته هذه الدار التي في يده بألفٍ ... إلى آخره »<sup>(١)</sup> .

٣٧١٥- إذا اعترف الرجل بأنه رهن داره من إنسان ، وصادفنا تلك الدار في يد المрتهن ، ثم اختلفا ، فقال الراهن : غصبيه مني . وقال المرتهن : بل أقبضتيه ، فالقول قول الراهن في أصل المذهب ؛ لأن الأصل عدم القبض والخيار إلى المقبض . ولو قال الراهن : أعرته ، أو أودعته ، أو أكريته ، أو أكريت الدار من فلان ، فأكراها منه أو أغارها منه ، فحصلت تحت يده بهذه الجهة . وقال المرتهن : بل أقبضتيه عن جهة الرهن ، ففي المسألة وجهان : أحدهما - القول قول الراهن كالمسألة الأولى ، وهي إذا ادعى الراهن الغصب وادعى المرتهن القبض المستحق . والوجه الثاني - القول قول المرتهن ، لتقارهما على أن القبض لا عدوان [فيه]<sup>(٢)</sup> وأن صدره عن

(١) ر . المختصر : ٢١٦/٢ .

(٢) ساقطة من الأصل .

الإذن ، ثم ظاهر اليد يدل على حق ذي اليد ، كما أن ظاهرها يدل على ملك ذي اليد ، إذا كان المتنازعُ الملكَ . والظاهر بناء القبض على العقد المقتضي للقبض .

هذا الذي سردناه أصل المذهب . وقد أبعد بعض الأصحاب ، فذكر وجهاً ضعيفاً في أن القول قول المرتهن ، وإن قال الراهن غصبتنيه ، وهذا ضعيف غير معتمد به ، وسنعيده مع تفريعاتٍ في كتاب العارية ، إن شاء الله تعالى .

٣٧١٦ - فلو قال البائع : غصبتنيه ، وقال المشتري : بل أقبضتنيه . والتفریع على أن المبيع محبوس بالثمن ، وعلى المشتري البداية . فإذا تنازعا كما وصفناه . فإن كان قد وفر المشتري الثمن ، أو كان الثمن مؤجلاً ، فلا معنى لهذا الاختلاف ؛ فإن قبض المبيع مستحق للمشتري . وإن كان الثمن حالاً ، ولم يوفر المشتري [الثمن]<sup>(١)</sup> فالقول قول البائع ؛ لأن الأصل عدم الإقباض . وإن قال البائع : أعرتكه أو أودعتكه ، وقال المشتري : بل أقبضتنيه عن البيع ، ففي المسألة وجهان : أظهرهما - الحكم بالقبض ؛ لأن المبيع ملك المشتري ، وحق البائع في الحبس ضعيف .

وهذا يصفو بشيء ، وهو أن البائع لو أغار المشتري المبيع على أن يتفع به ويردّه محبوساً بالثمن ، فالإعارة هل تُبطل حق حبسه ؟ وجهان ذكرهما الشيخ ، وصاحب التقريب ، وطائفة من العراقيين . أحدهما - أن حق حبسه يبطل ، فإنه لم يكن حقاً<sup>(٢)</sup> مقصوداً بعقد ، فإذا ثبتت يدُ المشتري وهو مالك ، وكان زوال اليد عن رضاً ، فلا عود إلى اليد .

والوجه الثاني - أن حق البائع لا يسقط ؛ فإنه لم يسقطه ، فيجب الوقوف على منتهِ قصده .

ولو أودع البائع المبيع عند المشتري ، ففي بطلان حق البائع من الحبس وجهان مرتبان على الوجهين في العارية ، [و]<sup>(٣)</sup> اختلف أصحابنا في كيفية الترتيب ، فمنهم من جعل الإيداع أولى ببطلان حق البائع ؛ من جهة أنه يبعد كل / وبعد أن يحفظ المالك ١٩٧

(١) مزيد لإيضاح العبارة .

(٢) في (ت٢) : حقه .

(٣) في الأصل : فاختلَّ .

ملكه لغيره ، وفي الإعارة غرضٌ علىٰ حالٍ سوى الحفظ .

ومن أصحابنا من جعل الإيداع أولىً بأن لا يُبطل حقَّ البائع ؛ فإنه ليس فيه تسلیط أصلًا ، وفي الإعارة تسلیط .

ولم يختلف أئمتنا في أن المرهن لو ردَّ الرهن إلىٰ يد الراهن [بأية]<sup>(١)</sup> جهة فرضت مع استمراره علىٰ الرهن ، فحقه قائم لا يُبطل .

٣٧١٧— عاد الآن بنا الكلام إلىٰ ما كنا فيه من اختلاف البائع والمشتري . فإن قلنا : الإعارة ، والإيداع يُبطل حقَّ البائع ، فلا معنى للاختلاف ؛ فإنه اعترف بمبطل حقه . وإن قلنا : الإعارة والإيداع لا يُبطلان حقَّه من العبس ، فإذا تنازعَا ، انتظم الخلاف الذي ذكرناه . والوجه الضعيف في ادعاء البائع للغصب ، وادعاء المشتري الإقباض عائدٌ .

وبالجملة يد البائع ضعيفة . وأية ذلك أن المشتري إذا قتل<sup>(٢)</sup> العبد المشتري ، جعل ذلك قبضًا منه ناقلاً للضمآن ، وإن كان علىٰ كُره من البائع ، وكان من الممكن أن يقولَ يغنم قيمةَ المبيع ، ويسلمها لتعبس علىٰ الثمن ، كما نقول : يغنم الراهن قيمةَ المرهون إذا قتله لتوضع رهناً إلىٰ أداء الدين .

وذكر صاحب التقرير وجهاً في كتاب البيع : أن إتلاف المشتري لا يكون قبضاً ، وأن القيمة تلزمته ، فتجعل محبوسَةً كما ذكرناه في الرهن . وهذا بعيد جدًا لم يتتفق منا حكايته في كتاب البيع .

ومما يتعلّق باختلاف المحاسب لما نحن فيه أنه لو قال من عليه الدين لمستحقه : رهنتك هذا العبد بالألف الذي لك عليَّ . وقال صاحب الحق : بل بعتنيه بالألف ، فالقول قول من عليه الحق ، لا خلاف فيه ؛ فإن صاحبه ادعى عليه إزالة الملك بطريق البيع ، والأصل عدمه ، وبقاء الملك ؛ فيتنفي البيع بنفيه ، ولا نحكم بالرهن ؛ لأن المستحق ليس يدعيه .

(١) في الأصل : فإنه . والمثبت من (ت ٢) .

(٢) في (ت ٢) : قبل . وفي الأصل بدون نقط .

ولو كان الخلاف على العكس ، فقال من عليه الحق : بعتك هذا العبد بالألف الذي لك علي ، وقال صاحب الحق : بل رهنتني ، فالوجه أن يحلف كل واحد منهما على نفي العقد الذي يُدعى عليه ، فيتفي الرهن والبيع جميعا ، فلا يقى لصاحب اليد حق . أما الرهن فقد نفاه من عليه الحق وهو مصدق ، وأمّا البيع فقد نفاه هو في نفسه .

**فَيَقُولُ :** ٣٧١٨- العدل إذا باع الرهن بإذنهم ، ثم قال : قد سلمت الشمن إلى المرتهن ، [و]<sup>(١)</sup> أنكر المرتهن ، فالقول قوله ، ولا يقبل قول العدل عليه ؛ فإنه أمين المرتهن في تحفظ الرهن فحسب ، ثم هو بال الخيار إن شاء طالب الراهن بدينه ، وإن شاء طالب العدل . فإن أراد مطالبة العدل ، فله ذلك ؛ فإنه يقول : قد أقررت بحصول عوض رهني في يدك ، ورُدّ قولك في التسليم ، فله مطالبه إذن . ثم إذا غرم العدل كما ذكرناه ، فلا يجد العدل به مرجعاً على أحد ؛ فإنه يعترف بأنه مظلوم من جهة المرتهن ، ولا يرجع المظلوم إلا على من ظلمه .

**فَيَقُولُ :** ٣٧١٩- حكى العراقيون عن الأصحاب أنهم قالوا : لو كان لرجل ألف درهم على رجلين ، على كل واحد خمسمائة ، ولهمما عبد مشترك ، فادعى أنكما رهتماني العبد ، فأنكر كل واحد رهن نصيه ، وزعم صاحبه رهنه وهو في نفسه لم<sup>(٢)</sup> يرهن ، ثم شهد كل واحد منها على صاحبه ، وحلف المدعي مع شهادة كل واحد منها يميناً يميناً ، فيثبت له الرهن عليهما جميعاً في جميع العبد . وتعليقه بين ، وهو موجب القضاء بالشاهد واليمين .

قال الشيخ أبو حامد/ : في هذا نظر عندي ، فينبغي أن لا تقبل شهادة واحد شـ ١٩٧ـ منهما ؛ فإن المدعى يقول : قد كذب كل واحد منها لما أنكر الرهن في حق نفسه ، فإذا كان يكذب شاهدـهـ في شيء ، فكيف تقبل شهادته في حقه .  
وفيما قاله الشيخ أبو حامد نظر ؛ فإن أقوالهما في إنكارهما مجمل لا يوجب

(١) في الأصل : فأنكر .

(٢) عبارة (ت ٢) : ولم يرهن هو في نفسه .

تفسيرهما ؛ من تقدير غفلة أو ذهول . وبالجملة ليس من الرأي ابتدار التفسير مع اتجاه احتمالات لا فرق فيها .

**فَرَجُعٌ :** ٣٧٢٠- إذا رهن شيئاً وسلمه إلى المرتهن ، فمات المرتهن وقال : لا أرضي بيد الورثة ، فكيف السبيل فيه ؟ المذهب الأصح أن الأمر يرفع إلى القاضي ، فينصب القاضي عدلاً ، ويضع الرهن على يده . نقل العراقيون فيه نص الشافعي ، وخرج منه أن للراهن إزالة يد الورثة ، ولا فرق بين أن يكونوا عدولًا ، وبين أن يكونوا دون مورثهم في الثقة والعدالة .

وقال بعض أئمتنا : لا يزيد القاضي أيدي الورثة ؛ فإنهم استحقوها خلافة ووراثة . نعم ، للقاضي أن يضم إلى أيديهم يداً إذا استدعاءه الراهن ، فاما إزالة حقوقهم ، فلا سبيل إليه .

**فَرَجُعٌ :** ٣٧٢١- إذا أراد العدل أن يسلم الرهن إلى القاضي ، والراهن والمرتهن جمياً حاضران ، فليس له ذلك قبل عرض الأمر عليهما ، وليس للقاضي أن يقبله إذا أحاط بالحال ، ولو [سلمه]<sup>(١)</sup> من غير مراجعة ، توجه الضمان على العدل .  
فاما إذا غاب الراهن والمرتهن إلى مسافة القصر ، فللعدل التسليم إلى الحاكم . وإن كان دون مسافة القصر ، فليس له الرفع إلى الحاكم حتى يستأذنها . ولا يمتنع عندنا اعتبار مسافة العدوى<sup>(٢)</sup> في ذلك ، حتى يقال : إن كانا على مسافة العدوى ، فلا بد من مراجعتهما ، وإن [كانا]<sup>(٣)</sup> فوق مسافة العدوى ، ففيه تردد .

ولو كانا حاضرين ، فعرض عليهما ، فامتنعا من الاسترداد ، فيرفع الأمر إلى القاضي حينئذ ، حتى يحملهما على الأخذ منه ، ثم لا يخفى متنه الكلام في ذلك .

\* \* \*

(١) في الأصل : سلم .

(٢) مسافة العدوى : قال ابن فارس : العدوى طلبك إلى وإل ليعديك على من ظلمك ، أي يتقم منه باعتدائه عليك . والفقهاء يقولون : «مسافة العدوى» وكأنهم استعاروها من هذه العدوى ؛ لأن صاحبها يصل فيها الذهاب والعود بعد واحد ، لما فيه من القوة والجلادة . (المصباح) .

(٣) في الأصل : كان .

## باب

### الزيادة في الرهن وما يحدث فيه

قال الشافعي : وقد روي عن أبي هريرة عن النبي عليه السلام أنه قال «الرهن محلوب ومركوب . . . إلى آخره»<sup>(١)</sup> .<sup>(٢)</sup>

٣٧٢٢ - مقصود الباب الكلام في فوائد الرهن ومصارفها ، وتفصيل القول فيها ، وهي آثار وأعian في التقسيم الأول . والمعنى بالآثار المنافع ، وهي للراهن وتتبع ملكه ، ولا تعطل . وأبو حنيفة في مذهب المشهور يرى تعطيلها<sup>(٣)</sup> . وذهب أحمد وإسحاق<sup>(٤)</sup> إلى أنها للمرتهن . واعتمد الشافعي الخبر ، ثم قد يقتضي إزالة يد المرتهن للانفاع بالرهن ؛ فإن الراهن إذا أراد استخدام العبد وركوب الدابة ، فلا يتأتى له ذلك إلا بإزالة يد المرتهن ، ولأجل هذا عطل أبو حنيفة المنافع ؛ إذ معتقده أن القبض وحق اليد الركن الأعظم في الرهن ؛ ولهذا منع رهن المشاع ، وجرى في المسألتين على تناقض ؛ حيث منع رهن المشاع ، وكان يمكنه أن يديم يد المرتهن على الشائع ، وصحح رهن ما ينتفع به ، وعطل المنافع . ولو طرد القياس ، لمنع رهن ما ينتفع به ؛ حتى لا تعطل المنافع ، وقد قررنا ذلك في (الأساليب) .

ثم لأصحابنا اضطراب / في الجمع بين توفير المنافع على المالك ، وبين رعاية حق المرتهن في القبض ، ونحن نذكر مضطرب الأئمة في هذا .

(١) ر . المختصر : ٢١٦/٢ .

(٢) رواه الدارقطني : ٣٤/٣ ، والحاكم : ٥٨/٢ . وانظر التلخيص : ١٢٤٢ ح ٨٣/٣ .

(٣) ر . إيثار الإنفاق في مسائل الخلاف : ٣٦٨ ، رؤوس المسائل : مسألة ١٩٣ ، وحاشية الطحطاوي ٤/٤ ، وحاشية ابن عابدين : ٣١٠/٥ .

(٤) ر . المغني (٤/٤٤٢) . وفيه تفصيل بين المرهون المركوب أو المحلوب وبين غيرهما . فليراجع . وانظر الموسوعة الفقهية مادة (رهن) .

(٥) إسحاق بن راهويه (ت ٢٣٨ هـ) .

أولاً - اتفقوا على أن الراهن لو أراد المسافرة بالعبد ليتتفع به في سفره ، لم يمكن من ذلك . والزوج يسافر بزوجته لتأكد حقه منها ، ولا يبالي بما يتعطل من منافع الزوجة الحرة . والسيد يسافر بالأمة التي زوجها ، ولا يبالي بحق الزوج منها . وهذه الأصول في ظواهرها أدنى تفاوت .

ووجه الكلام على الإيجاز عليها أن النكاح في الحرة هو الأصل في بابه ، وهو عقد العُمر ، وبه قوام العالم ، وبقاء النوع ، فعظم قدره ويقل بالإضافة إليه منفعة بدن الحرة ، ونكاح الأمة دخيل في الباب ، يُجرئ مجرى الرخص ، والرهن عارض يعقد للتوثيق ، وسيؤول على القرب إلى الفَلَك ، أو إلى البيع . وليس في المنع من المسافرة تعطيل كلي .

ثم قال الأصحاب : إن رُثْق المُرْتَهِن بالراهن سلم العبد إليه نهاراً ليستخدمه ، ثم يرده ليلاً إليه أو إلى يد عدل ، وإن لم يكن الراهن موثوقاً به [كلفه المُرْتَهِن أن يُشهد في كل أخذ ورد ؛ حتى يقوم الإشهاد في أدائه التوثيق مقامه . وإن كان الراهن موثوقاً به]<sup>(١)</sup> في الناس مشهوراً بالعدالة ، ففي المسألة وجهان : أحدهما - أنه يجب الاكتفاء بعذالته ؛ إذ يشق تكليفه كل غداة أن يُشهد على نفسه ، وإن لم يكن مشهوراً بالعدالة ، فقد [أتى]<sup>(٢)</sup> من قبل نفسه . ومن أصحابنا من قال : إذا طلب المُرْتَهِن الإشهاد ، وجَب الإسعافُ به .

وحكى صاحب التقريب من لفظ الشافعي [في الرهن]<sup>(٣)</sup> الصغير من القديم قوله : أن الراهن لا يزيل يد المُرْتَهِن قط ، ولا يد العدل ، ولكن يستكتسب العبد في يد المُرْتَهِن ، ويحصل أجنته ، وإن كان يضيع معظم منافعه ، فلا يبالي به أصلاً ؛ فإن إزالة يد المُرْتَهِن لا سبيل إليه . وليس كرهن المشاع ؛ فإنه أورد والإشاعة مقتنة به ، وهي تقضي قطع<sup>(٤)</sup> اليد لا محالة ، والوصول إلى المنفعة ممكناً من غير إزالة اليد .

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل .

(٢) في الأصل : أُوتَيَ .

(٣) في الأصل : رهن .

(٤) في (ت٢) : تقطيع .

فهذا اضطرابُ الأصحاب .

٣٧٢٣— فيتخل منه أن المسافرة ممنوعة ؛ فإنها حيلولةً عظيمة ، ولم يسمح بها الأصحاب مع الإشهاد .

وأما إزالة اليد مع حضور المرتهن ليتتفع به في وقت الانتفاع ، ويرد في وقت السكون والاستراحة ، فهو ظاهر النص في الجديد ، وإليه ميل معظم الأصحاب . والكلام في أن الراهن هل يحسّم الإشهاد ؟ وقد فصلت المذهب فيه .

وفي القديم قول آخر أن يد المرتهن لا تزال بسبب الانتفاع ، كما لا تزال يد البائع عن المبيع المحبوس بالثمن بسبب الانتفاع . ونصف هذا في أثناء الفصل ، إن شاء الله تعالى .

ومن راعى الإشهاد يقول : لو كان الراهن خائناً مشهوراً بالخيانة لا يسلم إليه وإن أشهد .

فإن قيل : ما قولكم في منافع المبيع المحبوس بالثمن على قولنا بإثبات حق الحبس ؟ قلنا : اتفق الأصحاب على أن المشتري لا يزيل يده ليتتفع ، بخلاف ما ذكرناه في الراهن ؛ فإن ملك المشتري غير مستقر قبل القبض ، وملك الراهن مستقر .

واختلف أصحابنا في أن المبيع هل يستكسب في يد البائع للمشتري ، أم تعطل منافعه ؟ فقال بعضهم : لا سبيل إلى التعطيل ، وهو مستكسب في يد البائع . وقال قائلون : منافعه تعطل .

هذا قولنا في منافع الرهن .

٣٧٢٤— فأما القول في الفوائد التي تكون أعياناً ، فهي منقسمة إلى الزوائد المتصلة ، وإلى المنفصلة . فأما الزوائد المتصلة ، فلا حكم لها ، والرهن يتعلق [بالمزيد]<sup>(١)</sup> والزيادة ، ولا أثر للزوائد المتصلة إلا في الصداق عند وقوع الطلاق قبل

(١) في الأصل : بالزوائد والزيادة .

المسيس ، كما سيأتي في موضعه ، إن شاء الله تعالى .

وأما الزوائد المنفصلة ، فإنها تنقسم إلى ما كانت موجودة حالة الرهن على صفة ش ١٩٨ الاتصال ، وإلى ما يوجد / بعد الرهن ، ثم ينفصل : فأما ما لا يكون موجوداً حالة الرهن ويوجد من بعد ، ثم ينفصل ، كالحمل يطرأ وينفصل ، وكذلك التمار والألبان ، فلا يتعلق الرهن بها ، خلافاً لأنبي حنيفة<sup>(١)</sup> ، ووافق أن الرهن لا يتعلق بالأكساب ، ثم الحق العُقر<sup>(٢)</sup> وإن لم يكن عوض عين بالأعيان ، في خطط له معروف .

٣٧٢٥ - ونحن نجمع معاقد المذهب فيما يتعدى إلى الولد الطارئ ، وفيما لا يتعدى إليه ، وعماد المذهب أن كل ما صار الملك مستغرقاً به حتى يعُد الملك مستحثقاً في تلك الجهة ، ويبلغ تأكده مبلغاً يمتنع تقدير زواله ، فما كان كذلك ؟ فإنه يتعدى إلى الولد ، كالاستيلاد ؛ فإن أولاد المستولدة من النكاح والسفاح بمثابة المستولدة في استحقاق العتقة ، وألحق الأئمة بذلك ولد الأضحية المعينة للتضحية ، بقول المالك : جعلتها ضحية ؛ فإن تعينها لجهة القرابة لا يزول ، كالاستيلاد ، فالمالية مستهلكة فيها بجهة القرابة ، والرهن عارض على الملك التام ، وكأنه عِدَّةٌ موضوع بها ، وهو عرضة الزوال .

واختلف قول الشافعي في ولد المدببة ، والمكاتبة ؛ من جهة أن من يُدبر يعني التأييد<sup>(٣)</sup> إلى العتقة وإن ملكه الشرعُ الرجوعَ ، وكذلك الكتابة ، واختلف القول في أولادهما .

ولد الأمة التي نذر مولاها إعتاقها على طريقين : أحدهما - أنه كولد المدببة ، والآخر أن الاستحقاق يتعدى إليه ؛ فإن النذر لا رجوع عنه . ولكن من حيث إنه ربط العتق بالالتزام تردد الأصحاب . ومن نذر التضحية بشاة ، ولم يقل جعلتها ضحية ، ففي ولدها طريقان أيضاً على ما سيأتي في كتاب الضحايا ، إن شاء الله تعالى .

(١) ر . حاشية ابن عابدين : ٥/٣٣٥ ، فتح القدير : ٩/١٢٩ .

(٢) العُقر : مهر المرأة إذا وطئت بشبهة ، والصادق عامة (القاموس والمعجم) .

(٣) في (٢ ت) : « من يُدبر يعني للتأييد » .

وفي ولد العارية والمأخذ سوماً وجهاً : أحدهما - أنه مضمون كالأم . والثاني - أنه ليس مضموناً . وسبيله سبيل الثوب يلقيه الريح في دار إنسان ، وهذا الاختلاف ينشأ من أن الأيدي المضمنة الصادرة عن إذن السيد هل توجب ضمان الغصوب أم لا ، وفيه خلاف ، رمزاً إليه ، وسنصفه من بعد ، إن شاء الله تعالى .

ولو أودع رجل بهيمة عند رجل أو جارية ، فولدت في يد المودع ، ففي المسألة وجهاً : أحدهما - أنه وديعة بمثابة الأم . والثاني - أنه ليس بوديعة . وهذا القائل يقول : ليس مضموناً ، بل هو كالثوب تهبُّ به الريح ، فتلقيه في دار إنسان . وأثر هذا الخلاف أنا إن لم نجعله وديعة ، فلا بد فيه من إذن جديد . وإلا لا تجوز إدامة اليد عليه ، كمسألة الثوب والريح ، وإذا قلنا : هو وديعة استمر المودع ، ولم يستأذن ، وسبيله سبيل الأم .

وهذا الخلاف في ولد الوديعة له التفاتٌ على خلاف الأصحاب في أن الوديعة عقد أم لا ؟ وفيه اختلاف بين الأصحاب . ومن أدنى آثار هذا الخلاف أنه إذا أودع وشرط شرطاً فاسداً مثل أن يقول : أودعتك على أن يكون الإنفاق عليك ، فهذا يخالف وضع الشرع . فمن جعل الوديعة عقداً ، أفسدتها بهذا الشرط ، وما في معناه . فلا بد من ائتمانٍ جديداً ، وإلا كان ما أخذته وديعة بمثابة الثوب والريح . وإن لم نجعل الوديعة عقداً ، فالشرط لا يؤثر فيه أصلاً ، بل يلغى الشرط الفاسد ، ويبقى موجب الإيداع إلى الرد ، أو إلى عدوان يصدر من المودع .

ويقربُ من هذا المأخذ مسألة نص الشافعي فيها على قولين وهي إذا أودع / صبياً ، ١٩٩ ي فتألفه ، هل يجبُ الضمان على الصبي ؟ فعلى قولين : أحدهما - لا ضمان ؛ لأن المالك سلطه عليه بعقد ، فهو المتسبب إلى إتلاف ماله . والثاني - يضمن ؛ فإن الإيداع ليس بعقد حتى يقضى على المالك بأنه عقد عقداً على الفساد . ولكن مهما<sup>(١)</sup> أتلف الصبي ضمن ؛ فإنه أتلف مال غيره ولا عقد .

أما ولد المبيعة ، فلا خلاف أنه لا يجوز حبسه لاستيفاء الثمن ، يعني ولدأ يحدث

(١) « مهما » : بمعنى (إذا) .

كتاب الرهن / باب الزيادة في الرهن وما يحدث فيه  
بعد لزوم العقد قبل القبض . فإن قيل : ولد المخصوصة مضمون بجهة ضمان الأم ، فهلا كان ولد المبيعة مضموناً بجهة أمه ؟ قلنا : المبيع يضمن بالعقد على مقابلة الثمن ، والولد لم يقابل بالثمن . والغاصب يضمن بالعدوان وهو متعدّ بإدامه اليد على الولد ، كما أنه متعدّ بإدامتها على الأم .

فهلهذه جمل تجري مجri الترجم والمجامع في الأحكام التي تتعدى إلى الأولاد [و][١) التي لا تتعدى إليها . وما ذكرناه نشأ من كلامنا في الولد المتجدد بعد الرهن ، والمنفصل قبل بيع الرهن في الدين .

٣٧٦- ونحن نذكر الآن تفصيل القول في الحمل الموجود حالة الرهن ، ثم نتبعه نظائره ، كان يقول شيخي أبو محمد : إذا كان الحمل موجوداً يوم الرهن على نعث الاجتنان في البطن ثم بقي مجتنا إلى البيع في الرهن ، فلا حكم للحمل ، ونعتقد صفة للجارية ، [فكأنها][٢) بيعت على صفة كانت عليها حالة الرهن .

فأمّا إذا كان الجنين موجوداً ابتداءً ، وانفصل قبل بيع الرهن ، ففي المسألة قولان : أحدهما - أنه يكون رهناً ؛ لأنّه كان موجوداً حالة العقد . والثاني - لا يكون رهناً كالمعدوم ما لم ينفصل ، وقد كان الانفصال بعد الرهن ، وبين الأصحاب القولين على أن الحمل هل يعلم ؟ فإن قلنا : إنه لا يعلم ، فكأن لا حمل ، ونعتقد الولادة فائدة جديدة بعد العقد . وإن قلنا : الحمل يعلم ، فقد تناول الرهن الأم ، ولا مانع في الولد .

وكان شيخي يقول : إن قلنا : الحمل لا يعلم ، فهو على ما ذكره الأصحاب : وإن قلنا : إنه معلوم ، ففي تعلق الرهن به قولان ؛ فإن الرهن ضعيف لا يقوى على الاستبعاد ، ولم يقع التعرض للولد . ولو وقع التعرض له ، لكان فاسداً .

ولو علقت الجارية المرهونة بمولود بتيقن بعد الرهن ولم ينفصل حتى حل الحق ، ومست الحاجة إلى البيع ، ففي المسألة قولان : أحدهما - أنها تباع حاملاً ؛ ويعتقد

(١) مزيدة من (ت ٢) .

(٢) في الأصل : وكانت .

الولد المجتن في البطن زيادة متصلة ، فقد تعدى الرهن إليه إذاً في هذه الصورة . والقول الثاني - إن الرهن لا يتعذر إليه ، ولا تباع ما دام الولد مجتناً ، وإذا انفصل ، لم يتعلق استيقاظ الرهن به ، وبَيْعُ الأم دون الولد لا سبيل إليه على ظاهر المذهب ، فقد تحصلت أحوال أربع : أحدها - أن لا يكون الحمل موجوداً في الطرفين لا عند العقد ، ولا عند البيع ، ولكن يحدث وينفصل ، فهذا خارج عن الرهن قطعاً مِنَّا . والحالة الثانية - أن يكون موجوداً في الطرفين ، فلا مبالاة به ، وهو يجري مجرى الصفة .

الحالة الثالثة - أن يكون موجوداً حالة العقد ، وينفصل قبل البيع ، وفيها القولان . والحالة الرابعة - أن يتجدد العلوق بعد الرهن ، ولا ينفصل حتى يدخل وقت البيع وهو مجتن بعد ، وفيه قولان .

٣٧٢٧ - أمّا الشمار إذا لم تكن مؤيرة حالة العقد ، فأُبَرِّت من بعد فطريقان : من أصحابنا من قال : هي كالحمل ، وقد مضى التفصيل فيه . ومنهم من قال : لا يتعلّق<sup>(١)</sup> الرهن به قوله واحداً ؛ لأنّه لم يذكر ، وهو مما يفرد بالتصريف ، والتبعية ضعيفة في الرهن .

وكان/ شيخي يقول : إذا كانت الثمرة غير مؤيرة حالة الرهن ، وبقيت مستترة إلى ١٩٩ شـ وقت البيع ، فالحمل على مثل هذه الصورة يتعلّق الرهن به تعلقه بالصفات ، وفي الشمار طريقان : من أصحابنا من أجراها مجرى الحمل ، وقطع فيها بتعلق الرهن بها . ومنهم من خرّج التعلّق بها على قولين وإن وجد الاكتتام والاستثار في الطرفين ، فهذا متوجه فقيه .

٣٧٢٨ - وممّا نتكلّم فيه اللبن والصوف ، فنقول : أمّا اللبن الذي يتجدد بعد الرهن [ويحلب]<sup>(٢)</sup> فلا شكّ فيه ، ولا تعلّق للرهن به ، وقد صرّح به النبي صلّى الله عليه

(١) في (ت٢) : «يتعلّق» بدون (لا) النافية .

(٢) مزيدة من (ت٢) .

وسلم؛ إذ قال: «الرهن محلوب» ولا شك أنه أراد أن الراهن حالي البهيمة المرهونة، وراكبها، والمنفق عليها.

فأما اللبن الكائن في الضرع حالة العقد، ففيه طريقان: منهم من قال: هو كالحمل. ومنهم من قطع بأن الرهن لا يتناوله؛ فإنه موجود مقطوع به، وقد قابل النبي صلى الله عليه وسلم لبني المصراة بعوض.

وأما الصوف الموجود حالة العقد، فالذى نقله الربيع أنه يدخل تحت العقد؛ فإنه متصل اتصال خلقة، وهو ظاهر باد، فأشبهه أغصان الأشجار. وال الصحيح أنه لا يدخل تحت العقد؛ فإنه وإن كان متصلةً معدود في العرف منفصلاً. ومن أصحابنا من قال: إن كان الصوف مستجزاً حالة العقد، فهو كالمجوز، فلا يدخل في الرهن، وإن لم يكن مستجزاً دخل في العقد، ثم تلك الجزة متعلق الرهن إذا جزت.

٣٧٢٩— وأما أغصان الأشجار فما لا يعتاد قطعها داخلة في الرهن، وما يعتاد قطعها ثم إنها تنبت أغصاناً من محل القطع كالخلاف، وما أشبهه، فهؤلاء الأغصان نزلها العلماء منزلة الصوف، من جهة أن الصوف، يستجز، فتجز، كما أن الأغصان تستغلظ، فتقطع.

وأما أوراق الأشجار فما يعتمد قطعها كأوراق الفِرْصاد<sup>(١)</sup>، فالقول فيها كالقول في الشمار. وقد ذكرنا أن الشمار لا تدخل، ثم هي تُخلق ظاهرة، فكانت كالشمار المؤبرة البارزة.

وأما الأوراق التي لا تقطع، ولكنها تنتشر أو ان الخريف، فالرهن يتعلق على ظاهر المذهب بها، وإذا تجمع منها ما يُجمع، كان بمثابة ما يتفرض من الدار المرهونة. ومن أصحابنا من قال: إذا انتشرت الأوراق أو نثرت، لم يتعلق استحقاق الرهن بها.

هذا بيان ما يتعلق بالزوائد الموجودة حالة العقد.

(١) الفِرْصاد: شجر التوت، ومعنى «يعتمد قطعها»: أي يقصد.

٣٧٣٠ - ثم كان شيخي يختم هذا الفصل ، ويقول كل حُكْمٍ علقناه بالاقتران بالعقد ، فالعقد هو المعتبر لا غير ، حتى لو وجد حالة القبض ، ولم يكن موجوداً حالة العقد ، فهو متجدد . وقد مضى تفصيل القول فيما يتجدد من الزوائد .

ومن أصحابنا من قال : العبرة في الاقتران بوقت القبض ؛ فإنه الركن ، وبه التمام ، وكأن اللفظ جارٍ معه ، وهو غير سديد .

وقد نجز ما أردناه من الكلام في الزوائد العينية التي تقارن العقد ، ثم تنفصل ثم تتجدد من بعد ، وتنفصل أو تبقى إلى وقت البيع .

### فضائله

قال : « وكذلك سكني الدار ، وزرع الأرض ، وغيرها . . . إلى آخره »<sup>(١)</sup>

٣٧٣١ - المنافع قسمان : منفعة لا ينقصُ القيمة استيفاؤها ، كالسكنى ، والركوب ، والاستخدام ، فللراهن أن يستوفيها . وقد ذكرنا التردد في طريق استيفائها مع رعاية حق المرتهن في قبضه ويده .

ومنفعة ينقص القيمة استيفاؤها ، كالغرس والتزويع والوطء ، وفي الزرع تفصيل ، على ما سنصفه .

فالقاعدة المعتبرة في هذا القسم أن المنافع ، وإن لم تكن متعلّقاً لوثيقة المرتهن ، فالعين محل الوثيقة على الحقيقة ، فكل انتفاع يؤدي إلى تنقص القيمة ، فهو ممنوع ؛ من جهة أدائه إلى التأثير / في محل الوثيقة ، وقد سبق تصوير تأثير الغرس في نقصان ٢٠٠ الأرض ، والتزويع لا شك أنه ينقص ؛ فإذا رهن جارية لم يزوجها ، والوطء في التي يخشى علوقها محرم ، وإن كانت الجارية بحيث لا يخشى علوقها لصغرها ، أو كبرها ، ففي حلّ الوطء وجهان : أشهرهما المتع ، حسماً للباب ، وقياساً على قاعدة العدة ؛ فإن مبناهما على استبراء الرحم ، ثم الصغيرة الموطوءة تعتد كالبالغة . وكذلك تعتد الطاعنة في السن اعتداد الشابة .

والزراعة إن كانت تَنْقُصُ قيمة الأرض لتأثيرها في الرقبة وتضعيفها تربتها كالدُّرَّة [فيما]<sup>(١)</sup> قيل ، فهي ممنوعة إلا أن يأذن فيها المرتهن ؛ لسبب أدائها إلى تقيص القيمة .

أما زرعسائر الحبوب إذا كان لا يؤدي إلى تقيص معتبر ، فالنظر فيه إلى مدةبقاء الرهن إلى الاستحصال ، فإن كان يحصل قبل حلول الأجل ، فلا منع منه ؛ فإن المنفعة تتوصل إلى الراهن ولا تؤدي إلى تقيص من القيمة ، مع فراغ الأرض عند مسيس الحاجة إلى بيعها في الدين .

إإن كان أمد الزرع يتمادي حتى تبقى الأرض مزروعة عند حلول الحق ، فالذهب منع الراهن من هذا النوع ؛ فإن الأرض لا يُرحب فيها مزروعة كما يُرحب فيها وهي فارغة . وقال الربيع : للراهن أن يزرع ، ثم ينظر إلى حالة الحلول ، فإن وفي بيع الأرض دون الزرع بالدين ، فذاك . وإن لم يف ، قلتنا الزرع . ولا معنى [للمنع]<sup>(٢)</sup> من إنشاء الزراعة قبل حلول الحق إذا كان الاستدراك ممكناً بتكليف القلع . وهذا تخريج الربيع . والظاهر المنع من الزراعة ابتداء . وقد ذكرنا مثل هذا الخلاف في إنشاء الغرس .

وأما إحارة المرهون ، نظر<sup>(٣)</sup> فيها ، إن كان حالاً ، فغير جائز . وإن كان مؤجلاً ، ومدة الإجارة تنقضي قبل حلول الحق أو معه ، فالإجارة تنعقد . وإن كانت مدة الإجارة تدوم ولا تنقضي عند الحلول ، فلا تحكم بانعقادها ابتداء ، لأن مقتضاهما التبعيض عند مسيس الحاجة ، وتقليل الرغبة<sup>(٤)</sup> ، ولا جواز لذلك . والربيع يوافق فيما ذكرناه ، وإن خالف في الزرع من قبل أن الزرع إن أمكن قلعه ، فالإجارة لو ثبتت ، للزمت ، ولا سبيل إلى قطعها على المستأجر .

(١) في الأصل : فيها .

(٢) في الأصل كلمة غير مقرودة . والمثبت من (ت ٢) .

(٣) جواب (أما) بدون الفاء .

(٤) أي الرغبة في شراء المرهون عند بيعه في الدين .

ولو كان الرهن فحلاً ، فأراد الراهن إنزاءه على إنسانٍ ، فإن كان الإنزاء ينقص من القيمة ، معناه منه ، وإن كان لا ينقص ، فلا منع .

وإن كان الرهن أثنياً ، فأراد الإنزاء عليها ، نظر : فإن كان الحمل ينقصها ، معناه من الإنزاء عليها . وإن كان لا ينقصها ، وفرعن على أنها قد تبع حاملاً في الدين ، فلا منع . وإن [أيضاً]<sup>(١)</sup> بيعها حاملاً في الدين إذا كان الحمل متجدداً بعد الرهن ، فإذا كان كذلك ، فالإنزاء في أصله ممنوع . وهذا قياس بين في النفي والإثبات .

٣٧٣٢- وكل منفعة تضمن إستيفاؤها نقصاناً ، فاستيفاؤها بإذن المرتهن جائز ؛ فإن الحق له . ومن هذه الجملة الإذن في الوطء ، وهذا غريب ؟ فإن الوطء إذا كان ممنوعاً ، لم يستبع بإذن آذن . ولكن حقيقة القول أن الوطء مباح في نفسه ، والمنع ليس راجعاً إلى عينه ، وإنما المعني حق المرتهن ، فإذا رضي ، استمر الوطء على الحل .

٣٧٣٣- ثم قال : « وأكره رهن الأمة . . . إلى آخره »<sup>(٢)</sup> .

إن لم تكن الأمة مرغوباً فيها ، لصغرها أو لخستها أو دمامتها صورتها ، فلا بأس برهنها وفاما . وإن كانت بمحل أن ترمى<sup>(٣)</sup> ، فظاهر النص والمذهب يشعر بجواز رهنها ، ثم لا تسلم إلى المرتهن إن لم يكن مأمون الجانب ؛ فإنه قد يستخلص بها ، ويُلْمَّ بها ، وما حرمت الخلوة مع الأجانب في وضع الشرع إلا من الجهة التي أشرنا إليها . ولكن الوجه / وضعها على يدي امرأة أو عدل لا يتطرق إليه إمكان إلمام بها . ٢٠٠ ش وإن كان المرتهن محفوفاً بأهله وذويه وأقرباته في دارِ ، وكانت الحشمة تَرَعُه من الإقدام على الإلمام بها بين أظهرهم ، فهذا من المowanع ، فليعتبر المعتبر ما جعلناه معتبراً الفصل .

(١) في الأصل : أثبتنا .

(٢) ر . المختصر : ٢١٦/٢ . وفي الأصل : « وطء » مكان « رهن » .

(٣) أي تلفت النظر : يقال : رقمه بيصره : إذا أتبعه بصره ، يتعهد ، وينظر إليه ويرقبه (المعجم) . والمراد هنا أنها بحالة أو صورة تجذب الأنظار ، وثير الإعجاب . فالكلام على المجاز .

وذكر الشيخ أبو علي في شرح التخلص قولهً أن رهن الجارية الحسناء ممنوعً  
أصلًا ، إلا أن تكون محرماً للمرتهن ، فلا بأس حينئذ .

هذا تفصيل القول في المنافع وجهات استيفائها .

٣٧٣٤- ثم قال الأئمة : لا يمنع الراهن من تعهد الرهن بما يدفع عنه ضرراً ، أو يحصل خيراً ، فإذا دعت الحاجة إلى حجامة أو فصي ، أو توديع<sup>(١)</sup> في الدابة ، أو بزغ<sup>(٢)</sup> ، فلا يمنع الراهن من هذه الأجناس ؛ إذ لا خطر . والحاصل منها دفع أو نفع ، ومن جملة ذلك الختان ، وأبدى بعض الأصحاب خلافاً في الختان عند القرب من حلول الحق ؛ من جهة أن البيع يفرض وروده والمختون ألم<sup>(٣)</sup> ، وهذا ينقض القيمة ، والرغبة ، وهذا باطل ؛ فإن هذا القدر لا أثر له في النقصان أصلاً ، فلا منع منه ، أما إذا أراد قطع سلعة يخاف سريانها إلى الروح ، أو إلى العضو ، فهذا ممنوع ؛ تخرجا على القاعدة التي ذكرناها .

٣٧٣٥- وإذا نجز القول في انتفاع الراهن وما يمتنع منه وما يسوغ ، فنقول : مؤنة الرهن في القاعدة الكلية على الراهن المالك ؛ فإن المؤونة تتبع الملك في أصل الشع ، ثم الذي نص عليه الأصحاب في الطرق أن المؤن الراتبة على الراهن . وإذا امتنع عن شيء منها أُجبر ، ويشهد له حديث النبي صلى الله عليه وسلم ، إذ قال : « وعلى من يحلبه ويركبه نفقته » فجعل وجوب النفقة في مقابلة ملك الانتفاع ، وأيضاً فإن الراهن ألزم نفسه الوفاء بتحقيق حق المرتهن من الوثيقة ، ومن ضرورة هذا الإنفاق على حسب ميسى الحاجة .

وذكر شيخي وطائفة من الأئمة أن الراهن إذا امتنع من الإنفاق ، لم يجر ولتكن

(١) التوديع للدابة كالقصد للإنسان ( المصباح ) .

(٢) في ( ت ٢ ) : « نزع » ، وغير منقوطة بالأصل . والبزغ من قولك : بزغَ البيطار الدابة بزغاً ، من باب قتل : إذا شرط حافرها ، علاجاً ( للرهبة ) وهي نزول الماء في حافر الدابة . فالبزغ شرط الحافر لخارج هذا الماء ( ر . الزاهر في غريب الفاظ الشافعي : فقرة : ٤٦٨ ، ٤٦٩ ، وأيضاً المصباح ) .

(٣) في الأصل : آلم . وهي صحيحة أيضاً .

القاضي يبيع جزءاً من المرهون ، ويصرفه في جهة المؤنة على حسب الحاجة ، وهذا فيه نظر ؛ فإن قصاراه يؤدي إلى بيع الرهن شيئاً شيئاً في جهة المؤنة ، وهو منافي لحقيقة الاستئناف ، والوجه تكليف الراهن الإنفاق .

وقد تحقق بعد البحث عن الطرق إطباقي المراوازة على أن النفقة لا تجب على الراهن ، وإن كان المرهون حيواناً ، فليس إيجاب النفقة لحق المرتهن وحفظ الرهن عليه ، وإنما تجب لحرمة الروح ، وليس للمرتهن فيه طلبة إلا من جهة الأمر بالمعروف ، والمسلمون فيه شرعاً<sup>(١)</sup> سواء ، وإن امتنع ، فالقاضي يبيع شيئاً من الحيوان على قدر ميسى الحاجة .

وإذا ثبت هذا من مذهبهم في النفقة على الحيوان ، لم يخف قياسهم في سائر المؤن . وحاصل طريق المراوازة أن الإنفاق على الرهن لا يجب لحق المرتهن .

وقطع العراقيون بأنه يجب على الراهن أن ينفق على المرهون إبقاء لحق المرتهن ، وإدامةً لوثيقته ، واحتجوا عليه بأننا إن كنا نُنْفِق على الرهن من الرهن ، والدين مؤجل ، فهذا يُفضي إلى رفع الوثيقة ، فالراهن إذا كان يحتاج إلى بذل مال في الإنفاق على الرهن ، فلا فرق عنده بين أن يأتي بطائفة من ماله وبين أن يباع جزء من الرهن . هذا كلامهم .

ونص الشافعي في آخر «باب الرهن يجمع شيئاً» موافق للعراقيين ، وأنا أنقل لفظه على وجهه قال رضي الله عنه : «إذا رهنه ثمرة ، فعلى الراهن تنقيتها وإصلاحها وجدادها ، وتشميسها كما يكون عليه نفقة العبد»<sup>(٢)</sup> وسيأتي في كتاب الإجارة إن شاء الله تعالى ، أنا نوجب على المكري عمارة الدار في يد المكري ، حتى يتمكن من استيفاء/ المنفعة .

٢٠١

والمراوازة فيما أظن يحملون كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم أولاً إذ قال : «على من يحلبه ويركبه نفقته» على أن الراهن لا يرضى ببيع ملكه في نفقته ، وهذا

(١) شرع : بفتح الراء ، وتسكن تخفيفاً ، أي سواء .

(٢) ر . المختصر : ٢١٨/٢ . وفيه : «ستيتها وصلاحها» بدل «تنقيتها وإصلاحها» .

كتاب الرهن / باب الزيادة في الرهن وما يحدث فيه  
عليه الاعتياد الغالب ، فالنفقة عليه لا على المرتهن ، وفرض الامتناع عن النفقة  
ومسيس الحاجة إلى البيع ليس مما تعرض له الحديث ولا الشافعي .  
٣٧٣٦ . والمسألة محتملة جدًا .

ويتصل بتمامها أنا إذا فرّعنا على طريق المراوازة ، فيتشعب منه أن المرتهن إن علم  
أن النفقة ستأكل الرهن قبل الأجل ، فحق هذا أن يلحق بما يفسد قبل حلول الأجل ،  
حتى يسوغ للمرتهن طلب بيعه ورده ناضًا يستقل بقاوئه دون مؤنة . وهذا طرف لا بد  
من عرضه على الفكر .

ولو كان الإنفاق يأكل نصف الرهن مثلاً فينقدح أن يُملّك المرتهن طلب البيع في  
جميعه ؛ دفعاً لتنقيص التشخيص أولاً . والأخر أن النفقة تبقى على ما يبقى ثم يتسلسل  
القول فيه .

فليفهم الناظر ذلك ؛ فإنه لطيف .

وممّا يتصل بالمؤن القول في أجرة البيت الذي يأوي الرهن إليه ، فليتحقق بالمؤن ،  
وقد تفصلت . وإنما أفردتتها بالذكر ؛ فإن الفطن قد يخطر له أن الحفظ حق المرتهن ،  
فيختص بالتزام ما يتعلق بذلك . وليس الأمر كذلك بالإجماع .

\* \* \*

## بابُ

### رَهْنِ الرَّجُلَيْنِ الشَّيْءُ الْوَاحِدُ مِنْ الرَّجُلِ الْوَاحِدِ

قال : « إِذَا رَهَنَا عَبْدًا بِمِائَةٍ . . . إِلَى آخِرِهِ »<sup>(١)</sup> .

٣٧٣٧- إذا رهن رجلان عبداً مشتركاً بينهما بمائة درهم لإنسانٍ عليهما ، وتم الرهن ولزم ، فالمائة مقتطعة على الراهنين على كل واحد منها خمسون فيما نصوروه ، فإذا أدى أحدهما ما عليه من المائة ، انفك الرهن عن حصته في العبد ، وبقي نصيب الثاني من العبد مرتهناً بما عليه من الدين . وتعليق ذلك بين ؛ فإنَّ كل واحد من الراهنين رهن ملكه بما عليه ، وقد أدى تمام ما عليه . ويستحيل أن يبرأ الراهن من الدين ، وبقي ملكه مرهوناً ، ولو بقي مرهوناً ، لبقي مرهوناً بدين غيره ، ويستحيل ذلك ؛ فإنه ما رهن نصيبه بدين غيره ، وقال أبو حنيفة<sup>(٢)</sup> لا ينفك الرهن عن شيء من العبد ما بقي من دين واحد منهم شيء . وهذا ظاهر السقوط .

وإنما ذكر في الأحایین مذهبًا يخالف مذهبنا حتى يكون ذلك تذكرة ، ويتمهد الأصل به .

٣٧٣٨- ولو رهن رجل واحدٌ من رجلين عبداً بدينين لهما عليه ، فَأَوْجَبَ الرَّهْنَ بلفظه وقبلاه ، فإذا أدى ما لأحدهما عليه ، انفك الرهن في حصته ، وانطلق تصرفه فيه ، وبقيباقي مرهوناً بدين المرتهن الآخر ، وتعليق ذلك أن أحد المرتهنين استوفى جميع حقه وبرىء الراهن من دينه ، فيستحيل أن يبقى ما كان مرهوناً به على الراهن . وأبو حنيفة يخالف في هذا الطرف أيضاً<sup>(٣)</sup> ، ويقول : تمام العبد مرهونٌ عند كل واحد منهمما ، وإذا أدى الراهن نصيب أحدهما ، لم ينفك من الرهن شيء ، ثم ناقض

(١) ر . المختصر : ٢١٧/٢ .

(٢) ر . البدائع : ١٣٨/٦ ، حاشية ابن عابدين : ٥/٣٢٠ ، ٣٢١ .

(٣) السابق نفسه .

٢٥٨ ————— كتاب الرهن / باب رهن الرجلين الشيء الواحد من الرجل الواحد أصله ، فقال أولاً : جميع العبد مرهون عند كل واحد منهم ، وبنى عليه أنَّ الرهن لا ينفك عن شيء من العبد بأداء أحد الدينين ، ثم ناقض وقال : لو هلك العبد وقيمة ألف ، وكل دين ألف ، لم تسقط الألفان بسقوط الدين بتلف المرهون ، ولكن يسقط ش. ٢٠١ من كل دين مقدار قيمة الحصة / المرهونة عنده .

ولا فرق في مذهبنا إذا رهن الرجل من رجلين بين أن يثبت الدينان عليه من جهتين ، وبين أن يثبتا من جهة واحدة ، كإتلاف مقوم عليهما ، أو كابتياع عبدٍ منهم ، فالحكم ما ذكرناه .

وحكى صاحب التقريب وجهاً [غريباً]<sup>(١)</sup> أن الدين إذا ثبت لهما من جهة واحدة ، فلا ينفك الرهن بأداء حصة أحدهما . وهذا غلط صريح ؛ إذ لا يتحقق الشيوع في الدين . وكل واحد يطالب بحقه من غير مزيد ، فبقاء الرهن في تلك الصورة مع سقوط الدين محال . ولا يتصور أن يثبت دينان لرجلين إلا على حكم التعدد والتميز .

٣٧٣٩ - ولو استعار رجلٌ من رجل عبداً ليرهنه بمائة ، فرهن من شخصين بمائة ، ثم قضى دين أحدهما ، انفك الرهن في النصف ، كما قدمناه .

ولو استعار من رجلين ، ورهن من رجلين ، ثم قضى دين أحدهما ، انفك الرهن في النصف ، ويقع ذلك النصف للمعيرين لا محالة ؛ فإن الرهن جرى في ملك مشترك ، وحصتين شائعتين ، فينزل الفك على حسب ذلك .

ولو استعار رجلان من واحد ، ورهنا من واحد ، ثم قضى أحدهما ما عليه من الدين ، انفك النصف من الرهن ، وعاد إلى المعير . وكذلك لو رهنا من رجلين بددينين عليهمما .

ولو استعار من شخصين ، ورهن من واحد [فالراهن]<sup>(٢)</sup> واحد ، وهو المستuir ، والمرتهن واحد ، فإذا [قضى]<sup>(٣)</sup> الراهن المستuir نصف الدين ليفتck نصف الرهن ،

(١) زيادة من (ت ٢) .

(٢) في الأصل ، (ت ٢) : والرهن . والمثبت تقدير متابعة على السياق .

(٣) في الأصل ، (ت ٢) : اقتضى . والمثبت تقدير من المحقق مراعاة للمعنى الذي سيظهر تماماً في بسط المسألة الآتي قريباً .

ففي المسألة قولان ، نص عليهما في الرهن الصغير<sup>(١)</sup> : أحدهما - لا يفتكم من الرهن شيء ؛ لأن الدين واحد ، ومستحقه واحد ، وقد وقع الرهن من واحد بدين واحد ، وحكم الرهن أن يكون كله متعلقاً بكل جزء من الدين الواحد ، وما ذكرنا من الصور قبل هذا مضمونه تعدد الدين ، إما بتعدد من عليه ، وإما بتعدد مستحق الدين ، وإنما بالتعدد من الجانبين ، فجرت تلك التفاصيل بناء على تعدد الدين ، والدين متعدد في مسألتنا ، وإنما وجد التعدد في مالك الرهن . وسبب التمكن من تصوير العدد في الملك مع اتحاد الدين والراهن والمرتهن التصوير في الرهن المستعار ؟ فإن الملك المتعددين لا دين عليهم ، والراهن لا ملك له ، فلما اجتمع عدد الملك حيث لا دين ، واتحاد الراهن الذي عليه الدين ، ولا ملك له ، انتظم منه القولان .

وقد ذكرنا أحدهما .

**والقول الثاني** : أنه ينفك ، لأن صَدَر<sup>(٢)</sup> الرهن عن ملكين ، فينبغي أن يكون ذلك كما لو صدر عن دينين .

٣٧٤٠ - ولا يتم الغرض في هذا مالم نوضح التصوير ببيان أظهر ممّا ذكرناه . فالمسألة فيه إذا استعار رجل عبداً من رجلين مشتركين فيه ، ورهنه بألف درهم من رجل واحد ، ثم أدى خمسمائة .

هذا أصل التصوير . وتمامه أنه [إن]<sup>(٣)</sup> نوى بالخمسمائة فلّ نصيب أحدهما ، وعين ذلك الشخص بقصده ، فالمسألة تخرج على قولين : أحدهما - أنه لا ينفك شيء . والثاني - ينفك حصة من عينه<sup>(٤)</sup> . وأما إذا قصدنا بخمسائة أن تؤدي على الشيوع ، من غير تخصيص بحقه ، فلا ينفك في هذه الصورة من الرهن شيء ؛ فإنه إذا تحقق تقدير أداء البعض عن كل حصة ، فتلك الحصة بكمالها تبقى مرتهنة إلى تقدير أداء جميع ما يقابلها من الدين . لهذا حكم الرهن ، فتصوير محل القولين يقتصر إلى

(١) ر . الأم : ١٧١/٣ .

(٢) صَدَر : بفتحتين أي صدور .

(٣) مزيدة من المحقق مراعاة لاستقامة الكلام .

(٤) لهذا التصوير يعنيه في (الأم) في الموضع المشار إليه آنفاً .

٢٦٠ ————— كتاب الرهن / باب رهن الرجلين الشيء الواحد من الرجل الواحد  
فرض قصد المؤدي في فك إحدى الحصتين .

٢٠٢ ولو استعار عبدين من شخصين ، ورهنهما / من رجل واحد بدين عليه متعدد ، ثم قضى نصف [الحق]<sup>(١)</sup> وقصد فك الرهن في أحد العبدرين ، وكانت قيمة كل واحد منها مائة ، فقد اختلف أصحابنا في هذه المسألة على طريقين : فذهب جمّع من الأصحاب إلى أنه يفتت الرهن في العبد الذي عينه بقصده ؛ ففرق هؤلاء بين العبدرين والعبد الواحد ؛ من جهة تعدد المحل وتتميز أحد العبدرين عن الثاني .

وذهب المحققون إلى طرد القولين في صورة العبدرين إذا اتحد الدين باتحاد الراهن ، فالتعويل على اتحاد الدين وتعدده والمرهون لا ينظر إلى تعدده واتحاده ، ولا يشك الناظر أن مسألة العبدرين فيه إذا انفرد كل مالك بعبد ، فعند ذلك تخيل أقوام الفرق ، فأماماً إذا كانا مشتركين بين سيدين ، فلا يخفى أن المسألة من صور القولين . ونقل بعض الأثبات عن الشافعي في الأم نصاً غريباً ، وهو أنه قال : إن كان المرتهن عالماً بحقيقة الحال ، وكون المرهون مستعاراً من شخصين ، افتت الرهن في النصف ؛ لمكان علمه بتعدد مالك الرهن ، فإن لم يعلمه ، لم يفتت . وهذا لا ندرى له وجهاً ؛ فإن عدم انفكاك سببه اتحاد الدين ، وعدم النظر إلى تعدد المالك واتحاده . وهذا لا يختلف بعلم المرتهن وجهمه .

نعم يؤثر العلم والجهل في شيء آخر ، وهو أن من رهن عبداً مستعاراً من مالكين عند رجل واحد بشمن مشروط بالرهن ، وفرعنا على أن أداء ما يقابل نصيب أحد المعيرين يوجب انفكاك الرهن في حصته ، نظر في المرتهن : فإن كان جاهلاً بتعدد المالك وصفة الحال ، ثبت له الخيار إذا تبين الأمر ؛ فإنه بنى الأمر على رهن مطلق بدرين واحد ، وموجيء أن لا ينفك منه شيء ما باقي من الدين شيء . وإن كان عالماً بحقيقة الحال دارياً بأن ذلك يُفضي إلى تبعيض في الفك ، فلا خيار له إذا حصل التبعيض في الفك .

ولو كان بين رجلين عبد مشترك ، فأذن أحد الشركين لصاحبه في أن يرهن نصيبه

---

(١) في الأصل : الرهن .

من المشتري مع نصيبيه المملوك له ، فرهن العبد ، ونصفه ملکه ، ونصفه مستعار من شريكه ، بالدين الواحد الذي عليه ، فلو قصد فك الرهن في نصيب نفسه وإيقائه في نصيب الشريك المعيير ، أو على العكس ، ففي المسألة القولان المقدمان ؛ فإن المالك متعدد ، وأحدهما المعيير ، والثاني الراهن ، والدين متعدد . وهلذا منشأ الخلاف .

٣٧٤١— ولو وكلَّ رجلان رجلاً واحداً ليرهن عبداً لهما من واحد ، بدين لذلك الواحد عليهما ، فإذا قضى أحد الموكلين نصيبيه من الدين ، فقد ذكر بعض أصحابنا أن هذا من صور القولين ؛ لأن الراهن متعدد ، وكذلك المرتهن ، والراهن المتعدد هو الوكيل .

وهلذا خطأ ، ولا ننظر إلى اتحاد الراهن من طريق الصورة ، وإنما يفهم عقداً لهذا الباب من يدرى أن قطبه ومداره على اتحاد الدين ، وإذا كان لرجل على رجلين دين ، فهو في التحقيق دينان ، ولا يتصور اتحاد الدين مع تعدد المستحق أو تعدد المستحق عليه .

### فضيل

قال : « ولو كان الرهن ممّا يكال ، كان للذى افتك نصفه أن يقاسم المرتهن بإذن شريكه . . . إلى آخره »<sup>(١)</sup> .

٣٧٤٢— إذا رهن رجلان شيئاً من المكيالت مشتركاً ، أو من الموزونات ، فإذا قضى أحدهما نصيبيه من الدين ، فقد افتك الرهن في نصيبيه ، بناء على ما مهدناه ، من تعدد الدين . قال الشافعى : « للذى افتك نصيبيه أن يقاسم » وهذا الذى ذكره جواب<sup>(٢)</sup> على قولنا : « القسمة إفراز حق » . فإن جعلناها / بيعاً ، لم يجز ، لأنه يؤدى إلى بيع ٢٠٢ ش المرهون بغیره<sup>(٣)</sup> ، وهذا أصل يجري على الاطراد فيما يمتنع البيع فيه ، ففي إجراء

(١) ر . المختصر : ٢١٧/٢ .

(٢) كذا في النسختين ، ولعلها : جار .

(٣) فنصيبي الشريك الذي افتك لم يعد رهناً ، وهو شائع مختلفٌ بنصيبي شريكه ، فلو قلنا : القسمة =

القسمة قولان مبنيان على أن القسمة إفراز أو بيع ، وقد يطرأ على قول البيع في بعض المواقع قول في جواز القسمة ؛ وذلك لمكان الضرورة . وهذا كما سندكره في قسمة الوقف ؛ فإنه على التأييد والشركة القائمة قد تجر عسراً عظيماً . فإذا لم تفرض ضرورة ظاهرة ، انطبق جواز القسمة ومنعها على القولين في أن القسمة بيع أم ليست بيعاً . ومسألتنا من صور القولين ؛ فإن الرهن ينفك عملاً قليلاً ، فلا يظهر الضرار .

٣٧٤٣- ثم ذكر الشافعي لفظاً ، فقال : « للذى افتک نصيبه أن يقاسم المرتهن بإذن الشريك » .

قلنا : المقاسمة الحقيقة تجري مع الشريك ؛ فإن المقسم هو الملك ، وهو منسوب إلى المالكين ، ولكن الشافعي توسع في الكلام ؛ إذ قال : يقاسم من افتک نصيبه المرتهن ، وحقيقة الاقسام يتعلق بالمالك ، والمرتهن<sup>(١)</sup> ليس مالكاً ، حتى إذا فرّعنا على إجراء القسمة ، فقد اختلف أصحابنا في أن إذن المرتهن ، هل يشترط ؟ فمنهم من قال : لا يشترط إذنه ، ولا تعلق للقسمة به . ومنهم من قال : لا بد من مراجعته لمكان حقه ، [وهذا كقولنا] : لا يصح بيع الرهن دون مراجعة المرتهن ، وإن زعم الراهن أنه يبيعه في حقه<sup>(٢)</sup> .

ثم القسمة في المكيالات والموزونات قسمة إجبار ، فمن دعا إليها أجابه الحكم ، وإن امتنع الشريك المالك ؛ فلا أثر للمراجعة ؛ فإن المستدعي مجبأ . نعم ، حق على الحكم أن يراجع الشريك ؛ فإن أطاع ، كان هو المنشيء للقسمة ، وإن أبي ، فإذا ذلك يظهر إجبار الوالي ، وعلى هذا التفسير في مراجعة المرتهن من الخلاف ما قدمناه . فافهموه .

ولا يختص ما ذكرناه بالمكيالات والموزونات ، ولكن كل قسمة يجري الإجبار عليها على الجملة ، فإذا فرض الرهن في جنسه ، فالكلام في القسمة فيه على ما مضى .

= بيع يكون قد بيع شيء من الرهن بغيره ، ليصير رهناً ، والرهن محبوس للمرتهن لا يجوز بيعه .

(١) في (ت٢) : « الراهن » وهو سبق قلم واضح .

(٢) ما بين المعقدين ساقط من الأصل .

٣٧٤٤ - ولو رهن رجلان عبدين مشتركين بينهما بدين كان لرجلين عليهما ، ثم قضى أحدهما ما عليه من الدين ، فاقتصر الرهن في نصفي العبدرين ، فلو قال لشريكه : العبدان متساويان في القيمة ، فتعال نقسمها ، وينفرد كل واحد منا بعده ، فهذا القسمة ليست قسمة جزئية ؟ إذ لا يعبر عن الحصتين فيما بجزأين ، بل لو جرت ، لأنفرد كل واحد بشخص ، وهذا النوع يسمى قسمة التعديل ، ومعناه أنها لا تعتمد إلا تعديل القيمة .

فالقسم<sup>(١)</sup> ثلث : منها ما يعتمد الجزئية الممحضة ، وهي في المثلثيات ، ومنها ما يعتمد التعديل في القيمة والجزئية ، وعليها بناء قسمة الأقرحة<sup>(٢)</sup> والدور . والإجبار يجري في هذين القسمين . والقسم الثالث - يعتمد تعديل القيمة ، ولا مجال للجزئية فيه ، كتمييز عبد من عبد ، وكوضع القسمة على أن ينفرد شريك بدار ، وينفرد الآخر بدار أو بستان ، أو سلعة من المنقولات . وللشافعي في الإجبار على هذه القسمة الأخير قولهن سيأتي ذكرهما في باب القسم ، إن شاء الله تعالى .

فإن قلنا : يجري الإجبار على هذه القسمة ، فمن أصحابنا من قال : لهذا النوع بيع قولًا واحدًا . ومنهم من قال : هو خارج على القولين . فإن قلنا : هي بيع قولًا واحدًا ، امتنع جريانها في الرهن . فإن قيل : أرأيت لو رضي المرتهن ؟ قلنا : لا يصح مع رضاه أيضًا ؛ فإن رضاه يعمل في فك الرهن ، فأما في بيع الرهن بما ليس برهن ليصير رهنا ، فلا مساغ لهذا أصلًا . والأجوبة وإن اختلفت في جواز نقل الرهن من عين إلى عين على حكم التراضي ، فلا اختلاف في أن / التبادل بصيغة البيع لا يجوز . ٢٠٣

وإن قلنا : القولان جاريان في هذا الضرب من القسمة ، فإن قلنا : لا إجبار عليها ، فصحة القسمة مبنية على القولين ، كما ذكرناه . ولكننا ذكرنا اختلافاً في القسمين المقدمين في أنَّ المرتهن هل يُراجع ؟ فإن قلنا ثمَّ : يراجع ، فلأنَّ يراجع هاهنا أولى . وإن قلنا ثمَّ : لا يراجع ، فهاهنا وجهان ذكرهما القاضي .

(١) جمع قسمة .

(٢) الأقرحة : جمع قَرَاحَ ، وزان كلام ، المزارع التي ليس فيها بناء ، ولا شجر ( مصباح ) .

والأصح عندي أنه لا بد من مراجعة المرتهن ، فإن ضرورة الإجبار إن أوهب<sup>(١)</sup> حق المرتهن فيما تقدم ، فيبعد جداً في صورة لا إجبار فيها أن يخرج عن حق المرتهن في معرض التراضي شيء كان متعلق حقه .  
فليفهم الناظر ما يمر به من البدائع .

٣٧٤٥ - ثم ذكر الشافعي بعض تفريعات رهن المستعار ، وبين أن حق المستعير أن يذكر للمعير الذي يرهن به . وهذا تفريع منه على أن رهن المستعار ينحى به نحو الضمان .

وقد تقصينا بما فيه مقتضى .

### فِصَلْكَانٌ

قال : « ولو رهن عبده رجلين ، وأقر لكل واحد منهما بقبضه كله . . . إلى آخره »<sup>(٢)</sup> .

٣٧٤٦ - لهذا الفصل فيه تعقد من جهة التصوير ، لا من مأخذ الفقه ، والتدريج إلى البيان فيه يستدعي الاعتناء بالتفصيل .

فنقدم أولاً على المخصوص في المقصد تجديد العهد بأمور سبق تمهيدها : أولاً - إذا أقر المالك بأنه رهن عبده من زيد ، ثم بان أنه رهنه من عمرو ، وسلمه إليه ، ولم يتعرض في الإقرار الأول للقبض ، وإنما ذكر الرهن المطلق ، فيسلم الرهن إلى المقر له الثاني ؛ من قبل أنه لم يعترف في حق الأول إلا بالرهن ، ولو رهن من رجل ، ولم يقبض ، ثم رهن من الثاني وأقبض ، فيرتفع الرهن الأول ، ويتم الثاني . هذا إذا جرى الإقراران على هذا الترتيب .

ولو قال أولاً : رهنت من زيد عبدي هذا ، وسلمه إليه ، ثم أقرّ بعد ذلك أنه رهنه

(١) أوهب : دام (المعجم) . فكان المعنى : إن دام حق المرتهن مع القول بالإجبار ، فيبعد - ضرورة - ألا يكون له الحق في صورة عدم الإجبار . والله أعلم .

(٢) ر . المختصر : ٢١٧ / ٢ .

أولاً من عمرو ، وسلمه إليه ، فكان إقراره الثاني مخالفًا للأول . أما الرهن ، فهو في ظاهر الأمر مسلّم إلى المقر له أولاً ، وهل يغرس المقر للمقر له ثانياً قيمة ذلك الرهن لتوضع رهناً؟ فهو على قولين مأخوذين من أصل معروف في أن الحيلولة في الأموال بالأقارير [وبالشهادات هل توجب الغرامة على المتسبب إلى إيقاعها بالإقرار]<sup>(١)</sup> أو بالشهادة المتصلة بحكم الحاكم؟ هذا الأصل على قولين .

ومن صوره لو قال : غصب هذه الدار من فلان ، لا بل من فلان .

وسيأتي تفصيل ذلك إن شاء الله عز وجل في كتاب الغصوب ، وفيه يتبيّن تفاوت المراتب في مسائل الأصل ، ويتسلى الترتيب ، وما ذكرناه من القولين في الرهن ليسا على كمال البيان .

وكمال بيانهما في أثناء الفصل ، وإنما غرضنا التنبيه على ما يُفضي إليه الإقرار الثاني من أمر الغرم .

٣٧٤٧— وما نقدمه أن المالك لو قال : رهنت عبدي فلاناً من زيد وأقبضته ، بعد أن كنت رهنته من عمرو وأقبضته ، فصدق الإقرار يقتضي تقديم زيد . ومتى الكلام المنعطف على أوله يقتضي أن يكون المتقدم عمرأً .

هذا تخرّيج على القولين في أن الاعتبار في مثل ذلك بأول الإقرار ، أو باخرا الكلام المتواصل . فإن قلنا : الاعتبار باخرا الكلام ، فالمرء له بحق السبق هو المذكور آخرأ . وإن قلنا : الاعتبار بصدر الكلام ، فالمرء له أولاً هو المذكور أولاً في صدر الكلام ، وهذا مأخذ من قول القائل : لفلان على ألف درهم من ثمن خمير ، فإن بنينا الأمر على آخر الكلام ، لم نلزمـه شيئاً ، وإن بنيناـه على أوله ، أللـزمانـه الألـفـ المـرـءـ به ، المـذـكـورـ صـدـرـاـ فيـ الـكـلـامـ ، وأـحـبـطـناـ الـآـخـرـ ، وـسـيـأـتـيـ /ـ بـيـانـ هـذـاـ فـيـ الـأـقـارـيرـ إـنـ شـاءـ اللهـ .      ش ٢٠٣

إذاً تبيّن الاختلاف في مسألة الرهن في أن الأول في ظاهر الحكم من؟ فمن نظره أولاً ، فالرهن مسلم إليه ، وهل يغرس المقر لمن نقدره آخرأ أم لا؟ فعلـىـ ما قدمـناـهـ منـ القـولـينـ .

(١) زيادة من (٢٢) .

٣٧٤٨ - عاد بنا الكلام إلى الهجوم على مقصود الفصل . فإذا أدعى رجلان على واحدٍ كلُّ واحدٍ منهما يدعي عليه أنه رهن عبده منه وسلمه إليه ، وقال كلُّ واحدٍ منهما : إنه بعدما سلمه إليه رهنا مستحقاً ، انتزعه من يده غصباً أو استعاره منه وسلمه إلى الثاني .

ونفرض المسألة فيه إذا لم يكن لواحدٍ منهما بينة ؛ فإن القول في البيانات وتعارضها لا يبين إلا في كتاب الشهادات ، فإذا لا بينة ، والدعوتان مطلقتان ، لا تاريخ في واحدٍ منها ، إلا أن كلَّ واحدٍ منهما يدعي السبقَ والتقديمَ بالقبض ، فلا يخلو إما أن يكون العبد في يد المالك أو في أيديهما ، أو في يد أحدهما :

٣٧٤٩ - فإن كان في يدي المالك ، أو يدي وكيله أو نائبه ، فلا يخلو في التقسيمة الأولى إما أن يصدقهما ، وإما أن يكذبهما ، وإنما أن يصدق أحدهما ويكذب الآخر ، فإن كذبهما ، فالقول قوله مع يمينه ، فيحلف وينتفي العقدان .

وإن صدق أحدهما وكذب الثاني ، حكم بالرهن في ترتيب الكلام للمصدق منهمما . وهل للمكذب أن يستحلف المقر؟ هذا يبني على أنه لو أقرَ له بعد أن أقر للأول ، فهل يغrom القيمة للثاني؟ فعلى قولين ، نبهنا عليهما في صدر الفصل . فإن قلنا : لا يغrom ، فلا فائدة في تحليفه ؛ فإن اليمين تعرض حتى يهابها المعرض عليه ، ويقر . ولو أقر لم يكن لإقراره حكم في حق الثاني : لا في نقض حق الأول من الرهن ، ولا في إثبات العوض ، فلا معنى لليمين إذا .

وهاهنا تنبية على خطٍ بعض الأصحاب ، تردد في مواضع فإن قلنا : لا يحلف المقر ، فلا كلام . وإن قلنا : يحلف ، فإن حلف ، فلا كلام . وإن نكل ، ردت اليمين على المدعي ، فإن نكل كان نكولاً بمنزلة حلف صاحبه . وقد مضى حُكم حلفه . وإن حلف ، فقد قال بعض أصحابنا : هذا يبني على أن يمين الرد بمثابة إقرار المحلف الناكل ، أو بمثابة بُيئنة مقامة في الخصومة ؟ فإن قلنا : هي بمثابة إقراره ، فلا يثبت إلا الغرم ، كما تفصل من قبل . وإن قلنا : يمين الرد كبيئة ، فقد قال بعض الضعفة : تجعل يمين الرد كبيئة في الواقع ، تزيل يد المقر له أولاً ، ويسلم الرهن إلى الثاني ، كما لو قامت بينة على حسب هذا .

وهذا غلط صريح ، صرّح الأصحاب بنقله ، ونحن لا ننقل أمثاله إلا للتبنيه على كونه زللاً .

والوجه فيه أن يمين الرد لا يكون كبيئة في حق غير المتخاصلين ، واعتقاد هذا الحال ؛ فإن قصاراه أن يصير نكولاً من خصم ، ويدين من آخر حجةً على غيرهما ، ولا يصير إلى اعتقاد هذا ذو لب ، وإذا كان غلطاً ، فلا معنى للاعتماد بالتفريع عليه على عادتنا في العرض . ولكن القدر الذي فرعه الأصحاب على هذا الوجه الضعيف أنا لو استردنا الرهن من الأول ، وردناه إلى الثاني ، فال الأول هل يغنم القيمة ؟ من حيث قصر فلم يحلف ؟ فيه طريقان : منهم من قال : قوله ، ومنهم من قطع بأنه لا غنم عليه للأول ؛ فإنه إن كان يتلزم بالإقرار الثاني بعد الإقرار الأول غرماً ، فسببه أنه قال ما كان من حقه أن لا يقوله ، وتقصيره في مسألة الحلف امتناعه من اليمين ، وبعيد أن يوجب ذلك تغريماً .

ولا ينبغي أن نزيد على هذا الخطأ في تفريع / أصل هو خطأ . ٢٠٤

هذا كله فيه إذا كذبها ، أو كذب أحدهما وصدق الثاني .

٣٧٥- وإن صدقهما ، وقال : قد رهنت منك ، وسلمته إليك ، وقال للآخر : قد رهنته منك وسلمته إليك ، وكنت في أحد الرهنين والتسليمين مبطلاً ، ولست أدرى من الحق منكما ومن المبطل ، وكيف جرى تاريخ السبق والتقدّم ، فإذا قال المالك ذلك ، لم يخل المدعيان إما أن يدعيا علمه ، فكلُّ يقول : تعلم سبقي وتنكر علمك به ، وإما ألا يدعيا علمه ، فإن لم يدعيا إحاطته بحقيقة الحال ، فلا نزاع لهما معه ، والخصوصية بين المدعين ، فلكل واحد منهما أن يحلف صاحبه ، فإن تحالفوا أو نكلا ، عشر إمضاء الأمر بينهما ، ولم يكن أحدهما أولى بحقه من الثاني .

قال الأصحاب : إذا انتهى الأمر إلى هذا الممتهن ، انفسخ الرهن . قال الشيخ أبو محمد : يمكن أن يجعل هذا بمثابة ما لو تحالف المتبایعان ، وفيه خلاف في أن العقد ينفسخ أو يفسخ ، ثم إن قلنا : ينشأ فسخه ، فالقاضي يفسخ أو المتعاقدان ، فليخرج هذا على ذاك ، فإن حكمنا بالانفساخ ، أو نفذنا الفسخ كما سنذكره ، فالقول

٢٦٨ ————— كتاب الرهن / باب رهن الرجلين الشيء الواحد من الرجل الواحد في الظاهر والباطن يعود ، وهذا اختلاف حقه الجريان في كل موضع ترتيب الحكم بالفسخ فيه على الإشكال ، وتعذر إمضاء العقد .

فإن قلنا بالانساخ ، وهو الذي أطلقه الأصحاب في هذه المسألة ، فلا كلام . وإن قلنا بإنشاء الفسخ ، فليس ذلك إلى المدعىين ، ولكن يفسخ الحاكم . ويبعد أن يقال : يفسخ المالك ؟ فإن الخصومة ما تعلقت به : فالوجه والله أعلم تفويض الأمر إلى الحاكم . فإن قيل : إذا استوى المتدعيان في الحلف ، أو في النكول ، فهلا قلتم يقسم الرهن بينهما ؟ قلنا : تداعيا عقداً ، والعقود لا تقبل التقسيط . وسيكون لنا إلى هذا الفصل عودة في أثناء الكلام ، إن شاء الله تعالى .

وإن حلف أحدهما ونكل الآخر ، قضي للحالف . وكل ذلك فيه إذا لم يدعيا علم المالك .

٣٧٥١ ————— فإن أدعيا علمه ، وكل يدعى علمه على وفق ما يدعى ففي ذلك مسائل : إحداها - أن ينكل عن اليمين في حقهما جميماً ، فتعود الخصومة إليهما ، كما لو لم يدعيا علمه ؛ فإنه بنكوله عن اليمين حسم باب العلم ، وأبهم الأمر . وإذا عادت الخصومة إلى المتدعين ، فقد تفصل ذلك بما فيه مقنع .

ولو حلف المالك على نفي العلم في حق كل واحد منهما ، ففي المسألة وجهان : أحدهما - أن هذا متنه الخصومة ، وقد تحقق تعذر الإمضاء ، فيترتب على حلفه لهما على نفي العلم انفساخ الرهنين . ثم الكلام في الانساخ ما مضى .

والوجه الثاني - أن فائدة حلفه لهما أن تقطع الخصومة عنه من جهتهما ، والخصومة قائمة بين المتدعين ما بلغت متنهما ، وهذا الوجه الثاني ذكره صاحب التقريب وشيخي وهو حسن فقيه .

وذكر بعض أصحابنا وجها ثالثاً - أن الرهن بين المتدعين نصفان ؛ إذ هو مُقرّ لهما ، وقد أشكل المتقدم منهما ، ولا يمكننا أن نجعل العين كلها رهناً من كل واحد ، ولا من واحد على التعين ، فالتقسيط أعدل . وهذا [و] <sup>(١)</sup> إن كان مشهوراً ، فليس

يستند إلى فقه مُبين ، مع بقاء المتداعيَّن على النزاع القائم .

نعم لو اعترفا بالالتباس كما حلف المالك عليه ، فال المصير إلى التقسيط في مثل ذلكرأي قد نقول به ، في الأموال المُشكَّلة ، المتعددة بين طائفة من المدعين ، على ما سيأتي بيان الأموال المشكّلة بين المتنازعين ، ثم [حكمها]<sup>(١)</sup> إذا اعترفوا بالإشكال .

ثم قال القاضي إذا ذكرنا / وجهاً في أن الرهن بينهما ، وقد حلف المالك ، فهذا ٢٠٤ ش الوجه يخرج إذا نكل عن اليمين في حقهما جمِيعاً ؛ إذ لا فرق .  
هذا كله إذا التبس الأمر كما قدمناه .

٣٧٥٢ - فأما إذا أقر لأحدهما ، فإن إقراره له مقبول . وهل يحلف للثاني ؟ فعل وجهين ، أو قولين : أحدهما - أنه يقبل إقراره للمقرَّ له بلا يمين ؛ إذ الملك له ، وإليه الرجوع . ولو رجع عن إقراره ، لم ينفعه رجوعه .

والثاني - يحلف . وهذه الأصول المختلفة راجعة إلى قواعد مضبوطة . فتحليفة في حق الثاني مأخوذ مما تقدم ، من أنه هل يغرن للثاني لو أقر له . وقد مضى هذا . وعليه بنينا مسألة في الجنایات من كتاب الرهن ، وهي أن الراهن لو أقر بعد جريان القبض في الرهن بجنایة قبل الرهن ، وقلنا : القول قول الراهن ، فهل يصدق بلا يمين ؟ أم لا بد من تحليفة ؟ فيه قولان : فإن قلنا : إنه يحلف ، فلو حلف ، انقطعت الخصومة ، واستمر الإقرار ، وإن نكل عن اليمين ، ونكل المدعي أيضاً عن يمين الرد ، فهو كما لو حلف المقرَّ المالك .

وإن حلف من رددنا عليه ، فمن أصحابنا من قال : في المسألة وجهان : أحدهما - أنه ينفسخ الرهنان ، والثاني - يقسم بينهما . وهذا القائل يزعم أن الإقرار السابق حجة ، ويدين الرد من المدعي الثاني حجة ، وينزل ما تقدم مع ما تأثر منزلة ما لو أدعى المرتهنان عليه ، فحلف لا يعلم ، وذلك أن حلفه في الصورة المتقدمة يلبيس

(١) في الأصل ، (ت ٢) : حكمهما . والمثبت تقدير من المحقق ؛ إذ الضمير يعود إلى الأموال المشكّلة .

الأمرَ ويعمي الخصومة ، ويوجب استواء المترهنين . ثم ينشأ من استواههما أوجهٌ ، قدمناها . وجهان<sup>(١)</sup> منها : أن الرهن بينهما ؛ إذ الرهنان ينفسخان ، وقد تحقق الاستواء بالإقرار ، ويمين الرد . وهذا مسلكُ لبعض الأصحاب . وإذا قيل له : فلو أقرَ للثاني بعدهما أقرَ للأول ، لم يتضمن إقراره للثاني المترتب على الأول استواءً بين المترهنين ، حتى يقضى بانفساخ الرهن أو انقسامه ، قال مجبياً : الإقرار الثاني مردود إلا في حق الغرم ، واليمين الصادرة من المدعى حجة انتظمت الخصومة بها ، وأفضت إليها ، فلم يكن كإقرار ثان بعد الإقرار الأول .

وسلك بعض أصحابنا مسلكاً آخر ، فقال : إن جعلنا يمين الرد بمثابة الإقرار ، فلا يستفيد المحالف المردود عليه حيث انتهى التفريع إليه إلا الغرم ، كما قدمناه . وإن جعلنا يمين الرد بمثابة بيضة ، فالرهن يسلم إلى المحالف الآن ؛ وببطل حكم الإقرار الأول . وهذه الطريقة ضعيفة .

والطريقة الصحيحة القطع بتقرير الرهن الأول على موجب الإقرار الأول ، من غير أن يُتبع بشركةٍ أو نقض ، أو انفساخ ؛ فإن الانفساخ يعتمد الإشكال ، وقد استقل الإقرار الأول في البيان . والشركة تعتمد الاستواء ، ولا استواء مع التقدم والتأخر . ونقض الرهن الأول ، وتسليمه إلى الثاني نتيجة بيضة تقوم ، وقد ذكرنا أن يمين الرد ليست بيضة في حق الناكل والمردود عليه ، فقد بطلت هذه المأخذ . ولم يبق إلا القطع بأن الرهن يسلم إلى الأول ، والناكل يغرام للحالف القيمة ؛ فإذا تبيّنا جواز تحليفه على تقديم الغرم ، لا ينقدح عندنا في القياس إلا هذه الطريقة .

٣٧٥٣— وكل ما ذكرناه فيه إذا كان الرهن في يدي الراهن أو في يدي نائبه ، بتقدير نزعه الرهن من سلمه إليه .

وقد أجرينا المذهب بكماله في هذا الطرف . ولكننا نخشى أن يتبخط على الناظر ، فاللاتق بطلب البيان أن نترجم ما قدمناه إلى الآن ، ثم نبتدئ القسم الثاني .

٢٠٥ — فنقول : / إذا جرى رهنٌ وتسلیمٌ من رجلين ، وعسر درك السابق منهمما ، فإن ادعيا

(١) كذا في النسختين ، ووجهها أنها في محل (البدل) من (أوجه) .

علمًا على الراهن والرهن في يده ، فإن حلف لا يعلم ، فقد أشكل الأمر من جهته ، ونشأ منه أوجه : أحدها - قسمة الرهن ؛ أخذًا من استواء المدعين . والثاني - انقسام الرهن ، تلقياً من الاستواء . ولا تبعيض بينهما بالاتفاق . والثالث - وهو الأصح الأقيس أن المرتهنين لا بد وأن يختصما . فإن تحالفًا ، أو نكلا ، اعترض عند ذلك الانفاسخ - والفسخ في معناه - أو القسمة ، للاستواء . وإن حلف أحدهما ، قضي له ، فإنه متنهى الخصومة .

هذا إذا أدعى علم الراهن ، فحلف . فأما إذا نكل ، فلا تقف الخصومة على النكول ، وجهاً واحداً ؛ فإن القضاء بالنكول لا يلائم مذهبنا ، ولكن تسترسل الخصومة على المدعين . ثم قد ذكرنا متنهى خصومتهم .  
هذا إذا أدعيا علمه .

[فإن]<sup>(١)</sup> لم يدعيا علمه ، فلا يتركان والاختصار من غير مراجعة المالك . ولكن لو اعترفا بأنه لا يعلم ، وهو معترض أيضًا ، فيكون هذا بمثابة ما لو نكل عن اليمين الموجهة عليه في دعوى العلم . ثم متنهى خصومتهم إذا أفضى إلى استواء في نكول أو حلف ، عاد الوجهان في الانفاسخ والانقسام . وإن وقعت الخصومة على حلف من أحدهما ، ونكول من الثاني ، جرى القضاء باليمين ، لا محالة .

ولو قال الراهن : أنا على [علم]<sup>(٢)</sup> ، وأقر لأحدهما ، واليد له ، نفذ إقراره . ولو أقر للثاني ، فقولا الغرم ، وإن لم يقر ، ففي التحليف قولان مأخوذان من الغرم . فإن حلف ، انتهت الخصومة ، واستقر الرهن على موجب الإقرار . وإن نكل ، ونكول المدعى ، فهو كما لو حلف .

وإن حلف المدعي ، تحزب الأصحاب أحرباً ، وذكروا طرقاً ثلاثة ، أتينا عليها في آخر التفصيل ، وارتضينا الصحيح الجاري على القياس .  
هذا ترجمة ما قدمناه .

(١) في الأصل : وإن . والمثبت من (ت ٢) .

(٢) في الأصل : علمه .

٣٧٥٤- ونحن نخوض الآن في القسم الأخير من مضمون أصل الباب . فنقول : كل ما ذكرناه فيه إذا كانت اليد فيه للراهن ، فأما إذا كانت اليد لأحد المدعين ، أو كان الرهن في أيديهما جميـعاً ، فنقول في ذلك : لو كان في يد أحد المدعين ، نظر ، فإن أقر المالكُ لصاحب اليد ، حكم له بالرهن ؛ فإنه حصلت له شهادة اليد ، وإقرار المالك . وإن أقر المالك لصاحبـه الذي لا يـد له في الحال ، وزعم أن هـذا المرتهـن الذي هو ذو الـيد ، أزال يـده التي أثبـتها له ، فـفي المسـألة قولـان : أحـدهـما - أنا نرجـح الإـقرار على الـيد ؛ فإن قولـ المالـك هو المـعتبر ، وإـلـيـهـ الرـجـوع ، والـيدـ لا تـدلـ عـلـىـ الرـهـنـ وإنـماـ تـدلـ عـلـىـ الـمـلـكـ . عـلـىـ تـفـاصـيلـ سـتـائـيـ ، وـذـوـ الـيـدـ لـيـسـ يـدـعـيـ إـلـاـ حقـ الـرهـنـ .

والقول الثاني أن الترجـيعـ للـيدـ . وهـذاـ ضـعـيفـ لـمـاـ قـدـمنـاهـ . وإنـ كانـ مشـهـورـاـ . وـصـاحـبـهـ يـقـولـ : إـذـاـ كـنـاـ نـرـجـعـ الـيدـ فـيـ دـعـوىـ الـمـلـكـ ، فـاعـتـبارـهاـ فـيـ دـعـوىـ الـوـثـيقـةـ لـيـسـ بـعـيـداـ ، وـالـيدـ أـلـيـقـ بـالـرـهـنـ مـنـهـ بـالـمـلـكـ ، فـإـنـ القـبـضـ رـكـنـ الـرـهـنـ ، وـلـاـ يـكـادـ يـخـفـيـ فـرـضـ الـمـسـائـلـ كـلـهـاـ فـيـ [ـتـسـلـيمـ]ـ<sup>(١)</sup>ـ جـريـانـ الـرـهـنـ فـيـ صـورـتـهـ مـعـ الـرـجـلـيـنـ ، وـإـنـماـ النـزـاعـ فـيـ السـابـقـ بـالـقـبـضـ .

٣٧٥٥- ولو كان الرهن في أيديهما ، فأقر لأـحـدهـماـ ، [ـإـنـ]<sup>(٢)</sup>ـ قـلـناـ : نـرـجـعـ الإـقرارـ عـلـىـ الـيدـ ، حـكـمـ بـهـ لـلـمـقـرـلـهـ . وإنـ قـلـناـ : نـرـجـعـ الـيدـ عـلـىـ الإـقرارـ ، فالـرـهـنـ بـيـنـهـمـ . ثمـ منـ قـضـيـناـ لـهـ بـالـإـقرارـ ، تمـ أـمـرـهـ فـيـ اـسـتـحـقـاقـ الـرـهـنـ ، وإنـ كـنـاـ نـرـجـعـ [ـالـيدـ]<sup>(٣)</sup>ـ ، شـ٢٠٥ـ فـلاـ نـقـضـيـ بـالـيـدـ الـمـعـرـدـ ، فـيـقـيـ /ـ التـزـاعـ مـعـهـاـ ، غـيـرـ أـنـ القـوـلـ قـوـلـ صـاحـبـ الـيدـ معـ يـمـيـنـهـ ، وـهـذـاـ لـاـ شـكـ فـيـهـ ، وـهـوـ الشـاهـدـ بـأـنـ الإـقرارـ أـولـيـ مـنـ الـيدـ .

واختار المزنـيـ أـضـعـفـ القـوـلـيـنـ فـقـالـ : إـذـاـ أـقـرـ المـالـكـ بـالـرـهـنـ وـالـقـبـضـ [ـلـمـنـ]<sup>(٤)</sup>ـ لـاـ يـدـ لـهـ ، فالـقـوـلـ قـوـلـ صـاحـبـ الـيدـ . وـهـذـاـ تـقـدـيـمـ مـنـ لـلـيـدـ عـلـىـ الإـقرارـ ، وـلـيـسـ لـهـ

(١) في الأصل : تسلـمـ .

(٢) في الأصل : إنـ .

(٣) في النـسـختـيـنـ : الرـهـنـ . وـالـمـبـثـ تـقـدـيـرـ مـنـ رـاعـيـةـ لـلـسـيـاقـ . لـعـلـهـ الصـوابـ .

(٤) في الأصل : ولا يـدـلـهـ .

أصل ولا نعرف الخلاف أن الإنسان إذا كان في يده ملكُ لغيره ، فادعى أنه رهنه منه المالك ، وأنكر صاحب الملك أصلَ الرهن ، فالقول قول المالك في نفسه ، ولا حكم ليد مدّعي الرهن . وإنما القولان فيه إذا جرى الرهن ، وآل التزاع إلى القبض . وإذا كان الرهن لا يلزم بنفسه ، فأي أثر له والقبض متنازع فيه .

ثم فرع المزني ، فقال : إذا صادفنا الرهن في يد أحدهما ، فقال : لقد قبضت ، وبغض صاحبي أيضاً ، ولكن كان قبضي أسبق من قبضه ، فيقال له : لو كان قبضك أسبق من قبضه ، كانت اليد لصاحبك الآن ، فإنك أقررت له بصورة القبض أيضاً ، وادعيت أنك السابق ، وهذا يتضمن أن تكون اليد لصاحبك ، وقد تلقاها منك غصباً ، أو استعارةً ، فموجب ما قلت يتضمن إقراراً لصاحبك باليد ، فسلم إليه الرهن ، ثم أثبت سبقك .

قال القفال : فيما قاله نظر ، وتفصيل ، فنقول : إن صرح بأنه لم يقبض إلا مرة واحدة ، وكذلك صاحبه ، لم تتجدد يده . ثم قال : وأنا سابق ، ولم تزل يدي ، فلم يتكرر ، فهذا مناقضة . والجوابُ ما قال المزني .

فأمّا إذا قال : كنت السابق بالقبض ، فأخذ مني صاحبي غصباً ، فانتزعته من يده ، ففي هذه الصورة يبقى في يده .

وما ذكره المزني محتمل في الصورة التي ذكرها القفال آخرًا ، فإنه على الجملة اعترف له بيده قبل هذه اليد التي شاهدها . وادعى : أنه كان مغتصباً فيها ، فعليه إقامة البينة فيما يدعى من الغصب ، والأمر محتمل كما ترى .

## بَابُ الرَّهْنِ يَجْمَعُ شَيْئَيْنِ

قال الشافعي رحمة الله عليه : « إذا رهن أرضاً... إلى آخره »<sup>(١)</sup> .

٣٧٥٦ - الفصل يشتمل على شيئاً : أحدهما - أن من رهن أرضاً فيهاأشجار ، ولم يتعرض للأشجار ، ولا لاسم يشتمل على الأشجار ، كالبستان ونحوه ، بل ذكر الأرض مطلقاً ، فهل تدخل الأشجار تحت تسمية الأرض ؟ فيه اختلاف نصوص ، وكذلك في البيع مثل ذلك . وللأصحاب طرق سبقت مفصلة ، فلا نعيده . هذا أحد المقصودين .

والثاني - أن يبيع شجرة في مغرسها ، أو يرهنها من غير تعرض لذكر المغرس ، فحاصل المذهب أقوالٌ ، وربما كان يقول : أوجه ، فإن المصوص في المقصود الأول وهو بيع الأرض من غير ذكر الشجر . وهذا من بيع الشجر من غير ذكر المغرس .

فمن أصحابنا من قال : لا يدخل المغرس لا في البيع ، ولا في الرهن ؛ فإن الشجر بالإضافة إلى الأرض فرعٌ ، ويبعد استتباع الفرع الأصل .

والثاني - أن المغرس يدخل في الرهن والبيع جمِيعاً ؛ فإن مطلق العقد على الشجرة القائمة التي لا يعتاد قلعها يُشعر بحق تقريرها ، وذلك<sup>(٢)</sup> يثبت الاستحقاق في المغرس .

والثالث - أن البيع يتضمن استتباع المغرس بخلاف الرهن . والفرق ما قدمناه مراراً من ضعف الرهن وقوة البيع ، وعليه خرجنا الخلاف في أن مطلق تسمية الشجرة هل يستتبع الثمار التي لم تؤبر في الرهن استتباعها إليها في البيع ؟  
هذا قولنا في المغرس .

(١) ر . المختصر : ٢١٧/٢ .

(٢) في (ت٢) : لا يثبت .

فاما إذا كان بين التخلي قطع أراضٍ لا غراس فيها ، نظر : فإن كانت بحيث تفرد بالانتفاع بها دون التخلي ، فلا شك أنها / لا تدخل تحت مطلق تسمية التخلي .<sup>٢٠٦</sup>  
 وإن كانت تيك القطع لا يتأنى إفرادها بالانتفاع بها إلا على طريق التبعية للأشجار فقد ذكر شيخي وصاحب التقريب وجيهن فيها : أحدهما - أنها بمثابة المغارس حتى تخرج فيها الأوجه التي ذكرناها في طرق الأصحاب<sup>(١)</sup> . ومن أصحابنا من قطع بأنها لا تدخل تحت البيع والرهن جميعاً ، وجهاً واحداً ؛ فإنها ليست مغارس . وإن كانت لا تستقل بأنفسها . وهذا هو الأصح فيها ؛ فإن استبعاد المغارس على حال ضعيف ، لما ذكرناه من لزوم استبعاد الفرع الأصل .

٣٧٥٧ - وما ذكره<sup>(٢)</sup> في الأشجار ومغارسها يجري في بيع الأبنية من غير تعرض لأساسها . فالمسألة وقد سميت الجدران والبنيان في استبعاد الأساس تُخرج على الأوجه الثلاثة . فإن قضينا بأن الشجرة تستتبع مغارسها ، والجدار يستبع أَسْهَ ، فهذا استبعاد ملك ، وهو كاستبعاد الأرض الغراس والبناء في الأقوال المقدمة .  
 ولو رتب مرتب استبعاد الشجر والجدار المغرس والأساس على استبعاد الأرض الغراس والبناء ، كان متوجهاً ؛ فإن قلنا : لا تستبع الأرضُ الغراس ، فلأن لا يستتبع الغراسُ المغرس أولى . وإن قلنا : تستبع الأرضُ الغراس ، فهل يستتبع الغراسُ المغرس ، والجدارُ الأَسْهَ ؟ فعلى وجهين . والفرق لائحة .

إن قلنا : الشجرة لا تستبع مغارسها ملكاً ، فليس لبائعها قلعُها مجاناً . نعم ؛  
 اختلف أصحابنا : فمنهم من قال : حق عليه أن يبقيها ما أراد المشتري بقاءها ، فإنه باعها ، وهي ذات حق في الثبوت في المغرس ، فليثبت للمشتري على وجه ثبوته للبائع اعتباراً بسائر الحقوق . والوجه الثاني - أن البائع لو أراد قلع الشجرة ، لم يمنع من قلعها ، ولكن يغرم ما ينقصه القلع ، كما يغرمه المعيير في مثل هذه الصورة ؛ فإن من أعار أرضاً لتغرس فغرست ، فللالمعير قلعُ الغراس على شرط الضمان فيما ينقصه القلع . وسيأتي تفصيل ذلك في كتاب العواري ، إن شاء الله عز وجل .

(١) في (ت ٢) : في الاستبعاد .

(٢) في (ت ٢) : ذكرناه .

### فِصَلْيَةٌ

قال : « ولو رهن ثمراً قد خرج من نخله . . . إلى آخره »<sup>(١)</sup>

٣٧٥٨- يمترج بمقصود هذا الفصل رهن ما يتتسارع إليه الفساد ، وقد فصلنا المذهب فيه ، وفرقنا بين رهنه بالدين الحال ، وبين رهنه بالمؤجل ، وذكرنا ما يليق به من التفصيل . فإذا اعترض كلام في أثناء الفصل يتعلق برهن ما يفسد ، أحلفنا البيان على ما تقدم .

ومقصود الفصل التفصيل في رهن الشمار على رؤوس الأشجار .

والقول فيها ينقسم : فنتكلم في رهنهما وحدها دون الأشجار ، [ثم نتكلّم في رهنهما مع الأشجار .

فأما رهنهما دون الأشجار<sup>(٢)</sup> فنقول : لا يخلو إما أن تكون مُزهية قد بدا الصلاح فيها ، وإما أن تكون غير مزهية ، فإن كانت مزهية ، فهي ناجية من العاهة ، وكلامنا وراء ذلك في الدين الحال والمؤجل : فإن كان الدين حالاً ، صح رهنهما على كل حال ؛ فإنها وإن كانت لا تدّخر ، فرهنها بالحال مسوغ .

وإن رُهنت بالمؤجل لم يخل صنف الثمر : فإن كان يُجذب ويجفف ، فالرهن جائز ، وليس الثمرة مما تُعد جارية إلى الفساد . وإن كان صنف الثمر بحيث لا يدّخر ، يُنظر : فإن كان يفسد قبل حلول الأجل ، فالرهن جائز ، ولا غموض في الفصل . ش ٢٠٦ وكل ذلك إذا كانت الثمرة / مُزهية .

٣٧٥٩- فأمّا إذا كانت غير مزهية ، فيما بدا الصلاح فيها ، فلا شك أن بيعها مطلقاً وبشرط التَّبَقِيَّة باطل عندنا .

والمعنى الذي ذكرناه حداً للمذهب تعرّضُ الشمار للعاهة قبل بدء الصلاح .

(١) ر . المختصر : ٢١٧/٢ . وفي الأصل : شجراً . والمثبت من نص المختصر ، ومثله (ت ٢) .

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل .

فأما رهنها مطلقاً ، فكيف السبيل فيه ؟ نرسم صوراً ونرتب بعضها على بعض . فنبداً برهن الشمار قبل بدو الصلاح فيها ، ونفرض رهنها بالدين الحال . فنقول : إذا رهنت بالدين الحال مطلقاً من غير شرط القطع ، ففي صحة الرهن قولان ، ذكرهما صاحب التقريب وغيره : أحدهما - أن الرهن يفسد كما يفسد البيع على هذا الوجه ، والرهن يتبع البيع في الصحة والفساد . والثاني - أنه لا يفسد لمعنىين : أحدهما - أن الحلول في الرهن قرينةٌ حالة محل شرط القطع ؛ فإنّ مبني الرهن بالدين الحال أن الرهن إذا كان بحيث يتسارع الفساد إليه ، فإنه يباع على فوره ، ويصرف ثمنه إلى الدين ، أو يوضع رهناً . فإذا كنا نصح رهن ما يتسارع إليه الفساد بالدين الحال حملأ على ما ذكرناه ، فرهن الشمار بالدين الحال قبل بدو الصلاح أولى ؛ فإن ما يتوقعه من تعرّضها للصواعق وغيرها من الآفات أبعد من توقيع الفساد ، فهذا أحد المعنىين . والثاني - أنا لا نشترط في الرهن من الاحتياط ما نشترطه في البيع ؛ والسبب فيه أن حق المرتهن الأصلي دينه ، ودينه لا يسقط بفوات الرهن ؛ ومقصود البيع يضيع بتلف المعقود عليه . وهذا المعنى فيه ضعف ، وإن ذكره الأئمة . والمعنى الأول كافٍ .

هذا إذا كان الرهن بدين حال .

٣٧٦٠ - فأما إذا كان بدين مؤجل نظر : فإن كان الصلاح لا يbedo قبل حلول الأجل ، بل الأجل يحل أولاً ، فلو رهن الراهن هذه الشمار على شرط أن [لا]<sup>(١)</sup> تبع بشرط القطع ، ففي صحة الرهن قولان مشهوران : أحدهما - لا يصح ، كما لا يصح البيع في نظير هذا . ومن اشتري ثماراً لم يبد الصلاح فيها على شرط أن يقطعها بعد يوم ، فالبيع يفسد لتضمينه شرط التبة ، ولو في زمن قريب ، فليكن الرهن كذلك . والثاني - أن الرهن يصح ، ولم يوجه الأصحاب لهذا القول إلا بالمعنى الثاني الضعيف ، الذي ذكرناه في صورة الرهن بالدين الحال . فقالوا : البيع لو بني على الغرر ، خيف سقوط العوض والمعوض بتقدير التلف ، والرهن لو ضاع ، لم يضرع الدين به .

(١) ساقطة من الأصل .

وهذا لست أوثره ، بل أقول : ليست الشمار قبل بدو الصلاح مما يعد فاسداً من ساعته . ولو رُدنا إلى المعنى لما أفسدنا بيعها بشرط التبقية ، والمعتمد في إفساد البيع الخبر ، والخبر وارد في البيع ، فهذا أولى في توجيه هذا القول مما قدمناه ، مع مصيرنا إلى فساد الرهن فيما يتتسارع إلى الفساد ، على تفصيلٍ مضى .

ثم رب أئمنا القولين في رهن الشمار قبل بدو الصلاح في الصورة التي نصصنا عليها والدين مؤجل على القولين والدين حال . ولا شك أن الرهن بالفساد أولى إذا كان الدين مؤجلاً .

ولو رهن الشمار قبل بدو الصلاح بدين مؤجل ، وكان الصلاح لا يbedo إلا بعد ٢٠٧ الأجل ، ولم يجر تعرضاً للقطع / عند المحل ، ففي الرهن قولان مرتبان على القولين فيه إذا تعرض الراهن لذكر القطع عند المحل ، إما بأن يشترط قطعه أو يشترط بيعه بشرط القطع ، والصورة المهمة الأخيرة أولى بالفساد ، والفرق لائح . وقد قطع شيخي بصحة رهن ما لم يبد الصلاح فيه بالدين الحال ، ولا وجه عندي إلا ما ذكر ؛ فإنه إذا جاز رهن ما يفسد من ساعته بالدين الحال ، فما المانع من تصحيح الرهن فيما لم يبد الصلاح فيه ؟ والذي ينقدح لمن يخرج القولين تعارض أصلين : أحدهما - أن ما يفسد يباع ويوضع رهناً . والأصل الثاني - أن العادة مطردة بتبقية الشمار .

وقطع صاحب التقريب قوله بإبطال الرهن بالدين المؤجل إذا لم يقع تعرضاً لذكر القطع عند المحل .  
هذا بيان الطريق .

٣٧٦١- وكل ما ذكرناه فيه إذا كان الصلاح لا يbedo إلا بعد الأجل .

٣٧٦٢- فأما إذا كانت الشمار حيث يbedo صلاحها قبل الحلول ، فقد قال الشيخ أبو علي بدو الصلاح عند المحل كشرط القطع عند المحل إذا كان الصلاح لا يbedo ، فتنزل هذه المسألة في ترتيب المذهب متزلة ذكر القطع عند المحل ؛ فإن سقوط شرط القطع بالصلاح عند المحل كذكر شرط القطع قبل الصلاح .  
هذا كله في رهن الشمار على الأشجار دون الأشجار .

٣٧٦٣- فاما إذا رهن الشمار مع الأشجار ، فالقول الوجيز فيها أن ما يتعلق بشرط القطع ، فهو ساقط في هذه الصورة ، اعتباراً بالبيع في مثلها . وإن كانت الشمار بحث تفسد في حبسها قبل حلول الأجل ، فيتصل هذا برهن ما يتسارع إليه الفساد [بدين مؤجل ، وتفصيله بين ، فحيث يقتضي المذهب تصحيح الرهن في الشمار ، لم نشك في تصحيحه في الأشجار ، وحيث يقتضي المذهب فساد الرهن في الشمار ، ففي فساد الرهن في الأشجار قولًا تفريق الصفة .

هذا عقد المذهب .

وألحق بعض أئمتنا رهن الشمار قبل بدء الصلاح برهن ما يتسارع إليه الفساد<sup>(١)</sup> وإن كان توقع الفساد لا يأتيها إلا من الجواح ، فعلى هذا إن قطعنا ببيع الأشجار وعليها الشمار ، ففي رهن الأشجار وعليها الشمار كلام ، ففي الشمار تفصيلها وفي الأشجار تفريق الصفة . والسبب فيه أن الأشجار أصلٌ في حق المشتري ، وليس أصلاً في حق المرتهن ؛ فإنها تباع في حقه بيع الشمار .

### فصل

قال : « وإن كان من الشمر شيء يخرج ، فرهنه . . . إلى آخره »<sup>(٢)</sup> .

٣٧٦٤- المقصود ذكر الشمار المتلاحقة ، وقد مضى التفصيل في تلاحقها قبل القبض في البيع ، وذكرنا القولين في أن المبيع إذا اختلط بغير المبيع قبل القبض على وجه يتعدز التمييز ، فهل ينفسخ البيع أم لا ؟ فلو فرض هذا الاختلاطُ في الرهن بعد القبض ، فالتفصيل في الرهن المقبوض كالتفصيل في البيع قبل القبض ؛ وذلك لأن المرتهن إنما يتوثق إذا قبض ، فهو والرهن في يده كالبائع والمبيع محبوسٌ عنده . وقد ذكرنا أن الاختلاط في البيع بعد القبض لا يؤثر في فسخ العقد وانفساحه على المذهب

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل .

(٢) ر. المختصر : ٢١٧/٢ .

الأصح ؛ فإن العلائق في هذه الصور تقطع في البيع بانتقال الضمان إلى المشتري وهذا في الرهن لا يتحقق .

ثم إذا قلنا : ينفسخ الرهن بالاختلاط بعد القبض ، فلا كلام . وإن قلنا لا ينفسخ ، فلو فرض الاختلاط [قبل]<sup>(١)</sup> القبض في الرهن ، فالذهب الانفساخ لا وجه غيره .

وأبدى بعض الأصحاب<sup>(٢)</sup> وجهاً أنه لا ينفسخ ، كما لو كان الرهن عصيراً [فاستحال]<sup>(٣)</sup> خمراً . وقد ذكرنا في ذلك وأمثاله خلافاً . وهذا ليس بشيء ؛ فإن الخمر يتوقع انقلابها خلاً ، والمختلط لا يتوقع تميزه .

هذا منتهي القول في ذلك .

ش ٢٠٧ - ٣٧٦٥ ثم ذكر الشيخ أبو علي بعد الفراغ / من الشمار رهن الزرع وهو بقل . ونحن نقول فيه : إن كان البقل متزايداً ، وكان يُخالف على الركيب<sup>(٤)</sup> إذا جُزّ ، فرهنه كرهن ما يختلط ، وقد ذكرناه وإن فرض رهنه بموجل من غير شرط القطع ، [فالرهن باطل قطعاً ؛ فإن المرهون يختلط بغير المرهون لا محالة ، وإن شرط]<sup>(٥)</sup> القطع ، فالرهن صحيح . ثم يقع بعد القبض في تفصيل ما يفسد ، فإن البقل بعد الجز يفسد على القرب ، وقد تفصل المذهب .

وإن رهن بدين حالٌ ، ففي صحة الرهن قولان كما ذكرناه في الثمرة قبل الصلاح . وهذا والركيب يخالف بعد الجز ، فأما إذا جرى العقد على زرع هو بقل ، والركيب لا يُخالف ، فقد اختلف أصحابنا فيما يزداد إلى الإدراك ، فمنهم من جعله كما لا يزداد من البقل المخالف . وهذا اختيار الشيخ أبي علي ، ومن أصحابنا من قال : لا حكم لهذة الزيادة ، كما لا حُكم لكبر الثمرة . وهذا فقيه عندي .

(١) في الأصل : في .

(٢) عبارة الأصل : الأصحاب ذكر وجهاً .

(٣) في الأصل : واستحال .

(٤) كذا في النسختين . ولم أجدها في المعاجم العربية ، وستذكر في هذه المسائل ، ومن السياق يظهر أن معناها أصول جذور البقل بعد الجز .

(٥) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل .

وحقيقة المذهب فيه تتعلق بأن من ابتع زرعاً لا يُخْلِفُ ركيبه ، فهل يملك أصل الزرع المكتتم بالأرض ؟ وفيه تردد . فإن قلنا : إنه يملك ، فما يزداد يزداد على ملكه ، وهو حقاً ككبر الشرة ، وإن قلنا : لا يملك مشتري الزرع الركيب المستتر ، فيظهر إذن إلحاق الزيادة بما يزداد من البقل الذي يُجَزَّ فِي خَلْفِ .

عدنا إلى الكلام في الرهن . وقلنا : الزيادات التي تكون كالبقول ليست محتملة ، فإن ألحقنا زيادة الزرع بها ، فالتفصيل كما مضى من اختلاط المرهون بغیر المرهون . وإن لم نبال بهذه الزيادة ، بقي النظر في تعرض الزرع وهو بقل للافات ، والكلام في شرط القطع . وقد مضى ذلك على ما ينبغي .

٣٧٦٦- ثم قال الشافعي : « وإذا رهن ثمرة<sup>(١)</sup> ، فعلى الراهن سقيها ... إلى آخره ». .

هذا تعرض منه للكلام في المؤن ، وقد استقناه فيما تقدم ، وأشارنا إلى اختلاف الطرق في ذلك ؛ فلا نعيده .

\* \* \*

(١) في النسختين : (أرضاً) والمثبت من المختصر : ٢١٨/٢ .

## باب

### ما يفسد الرهن من الشرط

قال الشافعي : « إذا اشترط المرتهن من منافع الرهن شيئاً . . . إلى آخره »<sup>(١)</sup> .

٣٧٦٧ - الشروط في الرهن تنقسم : فمثلاً ما يوافق موضوع العقد ويتضمن تصريحًا بما يقتضيه مطلق العقد ، مما كان كذلك لم يكن شرطاً على الحقيقة ، وإنما هو تكرير معنى العقد ، وهو بمثابة قول الراهن رهتك هذا على أن تتوثق به ، أو على أن يباع في دينك عند الحاجة إلى البيع ، أو تقدم<sup>(٢)</sup> به عند ازدحام الغراماء ، فلا أثر لذكر أمثل هذَا . والذي يذكر فيه أن من سمات شرطاً مجازفٌ متوجّز ؛ فإنَّ الشرط هو الذي يزيد على مقتضى العقد .

وأمّا الشرط الذي لا يتضمنه إطلاق العقد ، فإنه ينقسم قسمين : أحدهما - ما يقترح في مقصود الرهن ، فلا شك أن الشرط يفسد ، ويفسد الرهن بفساده ، قوله واحداً . وهو مثل أن يقول الراهن : رهتك هذا على أن لا تقدم به في مزدحه الديون ، أو على أن لا يباع في حقك ، فهذا الشرط في الرهن بمثابة قول البائع : بعثك هذا على أن لا تملكه . هذَا قسم .

والثاني - ما لا يتعرض لإبطال حق المرتهن من مقصود الرهن ولكنه فاسد في نفسه ، وقد يتضمن اشتراط مزيد للمرتهن . وتصوير ذلك أن يقول الراهن رهتك هذا على / أن منافعه لك ، أو رهتك البستان ، أو هذا القطيع ، على أن الشمار والتاج ملكك . أما الشرط ، فلا شك في فساده ، وفي فساد الرهن به قوله : أحدهما - أنه يفسد ؛ فإنه اشتمل على شرط فاسد يتعلق بأغراض الناس ، وأصحاب الرهون في

(١) ر . المختصر : ٢١٨/٢ .

(٢) تقدم : بحذف تاء المضارعة .

العرف الغالب يطلبون الرهون لمنافعها ، فالشرط إذاً على فساده متعلق بما هو معدود من مقصود العقد .

والقول الثاني - أن الرهن لا يفسد ؛ فإن المقصود فيه للمرتهن ، وحقه لم يتغير بالشرط ، ولم يقع لمقصوده تغّرّض ، أما شرط تملّكه الزوائد ، ففاسد مطّرح ، وليس الزيادات المشروطة على الفساد في البيع بهذه المثابة ؛ فإنها إن تضمنت مزيداً في شق من غير تنقيص مقصود العقد في ذلك الشق ، فإنها تتضمن تنقيضاً في الشق الآخر ، والبيع معاوضة يتعلق مقصودها بالطرفين ، ومقصود الرهن لا يتعلق إلا بجانب المرتهن .

هذا بيان القول في ذلك .

ولو قال : رهنتك هذه الشاة على أن يكون نتاجها رهناً عندك إذا وجدت<sup>(١)</sup> ، فقد اختلف القول في الشرط هل يصح ؟ حتى يُقضى بأن الرهن يتعدى إلى النتاج بالشرط ، فأحد القولين - أن الرهن لا يتعدى ، وهو الأصح ؛ فإن العقد لا يتضمن التعدى إلى النتاج ، والشرط تعلق بنتائج مفقود .

والقول الثاني - أن الرهن يتعدى إلى النتاج مع الشرط ؛ فإن الذي حملنا على قصر الرهن على المحل المذكور ضعفُ الرهن ، وحكمُ اللفظ ؛ فإنه خُص على ضعفه بمحل ، فاختص به ، فإذا أثبت سارياً إلى النتاج ، ثبت كما أثبت .

وكان شيخي يقول : إذا فرعنا على أن الرهن يتعدى بالشرط إلى النتاج ، ففي تعديه بالشرط إلى الأكساب تردد ، والأظهر أنه لا يتعدى إليها ؛ فإنها ليست من أجزاء الأصل ، وإنما يثبت الملك فيها ابتداءً لمالك العبد ، بسبب أن مكتسبها مملوكة .  
وكان يلحق العقر<sup>(٢)</sup> بالأكساب ، ولا يؤثر فيه مذهب أصحاب أبي حنيفة .

هذا تفصيل المذهب في فساد الرهن والشرط ، وصحتهما وصحة الرهن وفساد الشرط .

(١) كذا : « وُجِدت » بتأنيث الفعل ، على قصد (النتيجة) يقال : نَتَجَ الرَّجُلُ الْبَهِيمَةُ تَسْجَأُ مِنْ بَابِ (ضرب) ، فهو ناتج ، والبهيمة متجوّحة ، والولد نتيجة .

(٢) عبارة (ت ٢) : « وكان يلحق العقد بالأكساب فهو يؤثر فيه مذهب أصحاب أبي حنيفة » .

٣٧٦٨ - والآن نذكر أحكام الرهن المشروط في البيع على النعموت التي ذكرناها ، فإن فساد الرهن بشرط يؤثر في مقصود الرهن وقد شرط هذا الرهن في بيع ، فهل يفسد البيع بفساد ذلك الرهن المشروط ؟ فعلى قولين مشهورين تقدم ذكرهما ، وتوجيههما . ولو جرى ذكر تملك المرتهن زوائد الرهن ، وهذا الرهن على هذا النعت مشروط في البيع ، فالبيع يفسد قوله واحداً ، سواء رأينا فساد الرهن أو لم نره ؛ لأن شرط زيادة ملك على الفساد للبائع مقروناً بالثمن يصير الثمن مجهولاً ، ثم يفسد البيع لا محالة به ، وليس كما لو شرط رهن خمر أو مغصوب ، أو شرط في الرهن ما ينقص حق المرتهن ؛ فإن شيئاً من ذلك لا ينضم إلى الثمن ، فلا يصير الثمن مجهولاً . والرهن عقد على حاله ، فيتجه في قوله أن لا يفسد البيع .

وإن قلنا : مثل هذه الزيادة لا يفسد بها الرهن ، فيفسد البيع لما ذكرناه من انضمامها إلى الثمن ، ويخرج منه أن البيع إذا فسد يفسد الرهن أيضاً ، لسقوط الدين الذي يطلب توثيقه . وانتظم منه أن القولين في أن الرهن هل يفسد أم لا ؟ لا يجريان [إلا]<sup>(١)</sup> في رهن غير مشروط في بيع ، إما بأن يفرض رهنٌ مبتدأ في قيمة مختلف ، أو يقدر رهنٌ في قرض ، أو ثمنٌ مبيع بعد لزومهما<sup>(٢)</sup> .

### فصلٌ ثالثٌ /

٢٠٨ ش

قال : « ولو كان له ألف ، فقال زدني ألفاً... إلى آخره »<sup>(٣)</sup> .

٣٧٦٩ - إذا استحق ألفاً على إنسان ، فقال من عليه الدين : زدني ألفاً ، تقرضنيه ، على أن أرهنك بالألف القديم ، والألف الجديد رهنا . فإذا جرى القرض مشروطاً بهذا الشرط ، كان القرض فاسداً ؛ والسبب فيه أن القرض الجديد مشروط بالرهن في

(١) زيادة من : (ت ٢) .

(٢) أي القرض والبيع ، ولم يجر القولان إلا بعد اللزوم ؛ حتى لا تشترط الزيادة للمقرض ، فيكون القرض جرزاً نفعاً مشترطاً ، وكذا في البيع ؛ فإنه إذا لزم ، ثم فرض الرهن واشتراط الزيادة ، فلا يكون الثمن مجهولاً حيث إنّه قد لزم البيع ، ولا علاقة للزيادة بالثمن .

(٣) ر . المختصر : (٢١٨/٢) .

الدين القديم ، وهذا قرض جر منفعة ، وقد نهى عنه النبي صلى الله عليه وسلم . وليس ذلك بمثابة ما لو شرط في نفس<sup>(١)</sup> الإقراض رهناً بذلك القرض بعينه ؛ فإن الرهن في عين القرض لا يعد منفعة ، وقد ذكرنا ذلك في باب القرض مفصلاً ، وإنما ظهر جر المنفعة في هذه الصورة من قبل شرط الرهن في غير القرض الجديد .

ومن دقيق الكلام في هذا الفن أن المقرض لو قال : أقرضتك ألفاً ، على أن ترهني به وبالألف القديم . فهذا على التحقيق شرطٌ فاسد ، مفسد لهذا القرض . ولو قال المستقرض : أقرضني ألفاً على أن أرهنك بالألف القديم ، فجري الشرط من المستقرض لا من المقرض ، فهذا فيه تردد . والظاهر أن الشرط فاسد مفسد ، كما لو صدر من المقرض .

وقال بعض الأصحاب : الشرط المفسد هو ما يصدر من المقرض ؛ فإن اللفظ يُرجع إلى جانب المقرض ، والشرط لفظ يتعلق بالشق الذي يعتبر فيه اللفظ . فهذا يتنبئ على ما تقدم ذكره ، من أنا هل تعتبر لفظ القبول في جانب المستقرض ؟ فإن اعتبرنا في جانب لفظاً كما تمهد في باب القرض ، فالشرط الصادر منه كالشرط الصادر من المقرض .

وإن قلنا : لا يعتبر في جانب المستقرض لفظ ، فالمسألة فيها احتمال ، كما تقدم ، من قبل أن المستقرض إذا تلفظ ، ابتنى على لفظه لفظ المقرض ، ونزل شرط المستقرض متزلاً شرط المقرض .

فإذا تبين فساد القرض في الصورة التي ذكرناها ، فإذا سلم<sup>(٢)</sup> المقرض ألفاً على الفساد إلى المستقرض ، ثم رهن المستقرض شيئاً بالألف القديم والألف الجديد ، فنقول : إن كان ألفاً الجديد موجوداً بعد ، فالرهن به فاسد ؛ فإنها<sup>(٣)</sup> أعيان مقررة على ملك المقرض ، والرهن بالأعيان فاسد ، فإذا جمع بين ألف القديم والجديد في الرهن ، وأبطلنا الرهن في ألف الموجود ، فهل يبطل في القديم ؟ فعلى قولي تفريق

(١) في (ت٢) : تعين .

(٢) في (ت٢) : أسلم .

(٣) أي ألف .

الصفقة . وكل صورة جرى فيها تفريق الصفقة في الرهن ، فهي مرتبة على نظير منها في البيع ، والرهن أولى بالصحة ؛ إذ ليس فيه عوض يصير مجهولاً ، ويفسد العقد بسبب جهالته ، والمعنى المعتمد في إفساد الصفقة إذا افترقت جهالة العوض ، وهذا مفقود في أصل الرهن .

ثم إذا أفسدنا الرهن في الألف القديم ، فلا كلام . وإن صححتنا الرهن فيه ، فقد قال الأئمة : الرهن يتوثق بالألف القديم ، ولا يوزع الرهن على الألفين المذكورين ، وقد تقدم في تفريق الصفقة في البيع أن الأصح إذا بطل البيع في بعض مضمون العقد أن يسقط قسطه من الثمن ، وهذا المعنى غير معتبر في الرهن ، والدليل عليه أن الرهن لو صح بالألفين ، ثم أدى أحدهما ، فلا ينفك من الرهن شيء أصلاً ، وكان الرهن على حقيقته في الألف الباقى ، حتى كأنه لم يرهن ذلك الرهن إلا به .

وإذا كان كذلك ، فلا معنى للتقسيط في موضوع الرهن . وهذا يبين لا خفاء به لمن تأمل .

ولو أقرضه ألفاً على الفساد ، فتلف الألف في يده ، فقد صار ديناً الآن عليه ، فيصح الرهن بالألفين جميعاً ، ولا إشكال .

٢٠٩ - ٣٧٧ - وما يتعلّق بتحقيق الفصل أنه لو شرط الرهن في الألف القديم / مع الترخيص<sup>(١)</sup> الجديد كما صورناه<sup>(٢)</sup> ، وحكمنا بفساد الشرط ، وأفسدنا بسبب فساده القرض ، فلو رهن بالألف القديم ، فقد قال القاضي : إن كان يعتقد أن الرهن به واجب ، وأنه واجب [التزم بالشرط]<sup>(٣)</sup> ، فالرهن مع هذا الاعتقاد لا يصح . واحتج عليه بأنه اعتقده واجباً ، ولم يكن كما اعتقده . ولو لزم الرهن ، لوقع واجباً ، على معنى أنه لا دفع له بعد انبرامه بالتسليم . وشبه هذا بما لو أدى ألفاً إلى إنسان على ظن أنه دين عليه ، ثم تبين أنه لم يكن عليه دين ، فالمؤدى مسترد ، والأداء غير معتمد به<sup>(٤)</sup> .

(١) ما بين القوسين ساقط من (ت ٢) .

(٢) في (ت ٢) : الذمة الشرط ، وفي الأصل : التزم الشرط .

(٣) ر . فتح العزيز : ٥٣ / ١٠ .

وهذا الذي ذكره غير صحيح .

وقد صرَح شيخي وغيره بتصحِّح الرهن، إذا كان عريأً عند الإنشاء عن شرط يفسده.

٣٧٧١ - ولو شرط بيعاً في بيع ، وأفسدنا البيع الناجز لمكان الشرط الفاسد ، ثم أنشأ المشروطُ عليه ذلك البيع المشروط الموعود ، على ظن أنه يجب عليه الوفاء بذلك البيع ، فقياس ما قاله القاضي أن البيع على اعتقاد الوجوب فاسد مردود .

وكان شيخي يقطع بصحَّة البيع كيف فرض الاعتقاد ، إذا كان خليأً عند الجريان عما يفسده . وهذا هو الذي لا يسوغ غيره .

وقد يخرج عليه أنه لو باع شيئاً ظنه خمراً فإذا هو خل ، فقياسه في ذلك قد يغمض . وقياسُ شيخي الصَّحة .

٣٧٧٢ - ولو أسلفه ألفاً على أن يرهن عنده به رهنا ، وشرط المرتهن لنفسه منافع الرهن ، فهذا جر منفعة على الحقيقة ، والقرض يفسد بسببه . وإذا فسد القرض ، فسد الرهن ، لا محالة .

ولو شرط البائع رهناً بالثمن ، وشرط أن تكون منافع الرهن له ، فالرهن يفسد لمزيد المنفعة التي شرطها ، والثمن يصير مجهولاً به لا محالة .

وقد حكى المزن尼 هذه المسألة وحكى فيها أن البائع بالخيار ، ثم أخذ يعتراض ويقول : أصل الشافعي أن البيع إذا فسد ، فلا معنى للخيار فيه<sup>(١)</sup> ، وظن أن الشافعي يرى أن الشرط الفاسد لو حذف يصح العقد ، وهذا ظن سوء<sup>(٢)</sup> . والجواب المبتوت أن العقد فاسد ، ولا معنى للخيار فيه بعد الحكم بالفساد على وجه أصلأ . ولكن المزن尼 غلط في النقل<sup>(٣)</sup> ثم أخذ يعتراض ، وإنما الخلل في النقل<sup>(٣)</sup> .

(١) ر . المختصر : ٢١٨/٢ .

(٢) ر . فتح العزيز : ٤٥/١٠ . لتجد أنه يقول : « والأصحاب خطئوا المزن尼 في نقله وحسبانه » ونص عبارة المزنني في المختصر : « قلت أنا : أصل قول الشافعي أن كل بيع فاسد بشرط وغيره أنه لا يجوز وإن أجيزة حتى يبدأ بما يجوز » (٢١٨/٢) .

(٣) ما بين القوسين ساقط من (ت ٢) .

ثم أخل المزني بنظم الكلام من وجه آخر ، فصور رهنا مشروطاً في بيع ، وقد شرط في الرهن أن يتعدى إلى الزوائد ، وفرع على أن ذلك فاسد ، ثم قال : إذا وقع البيع على هذا الوجه ، فسخ الرهن ، والبائع بال الخيار . قال أصحابنا : إنما قال الشافعي في هذه المسألة : فسخ البيع ، أو البائع بال الخيار ، فردد قوله في فساد البيع ، ووقع الفسخ عبارة عن الفساد ؛ فذكر المزني فيما نقله : فَسَخَ الرَّهْنُ وَالبَائِعُ بِالخَيْرِ ، وهذا كلام لا نظم له . وإنما أخل به المزني . ثم اختيار المزني مهما<sup>(١)</sup> فسد الرهن المشروط في البيع أن البيع لا يفسد . وهذا غريب من اختياره ؛ فإن القياس فساد البيع إذا فسد الرهن المشروط .

وهذا متنه الغرض في ذلك .

### فِصْنَلْكٌ

قال : « ولو دفع إليه حقاً ، وقال : رهنته بما فيه . . . إلى آخره »<sup>(٢)</sup> .

٣٧٧٣- مضمون الفصل يتضح بأربع مسائل : إحداها - أن الراهن لو قال : رهنته ما في هذا الحق ، أو ما في هذه الخريطة ، فإن كانا عالمين بما فيهما ، وكانا قد رأياه ، فلا شك في صحة الرهن . وإن لم تسبق رؤية فيهما ، وقع الكلام في رهن ش ٢٠٩ مالم / يُر . فإن جهلا وصف ما فيهما ، مع انتفاء الرؤية ، فقد نرى القطع بفساد الرهن . وذلك مذكور على الاستقصاء في تفريع بيع الغائب ، فلا حاجة إلى إعادةه .

٣٧٧٤- المسألة الثانية : أن يقول : رهنته الحق بما فيه ، أو الخريطة بما فيها ، فإن كان ما فيهما معلوماً مرئياً ، صح الرهن في الحق والخريطة .<sup>(٤)</sup> وإن كان الرهن لا يصح فيهما - كما تقدم - [فالنظر]<sup>(٣)</sup> في الحق والخريطة .<sup>(٤)</sup>

(١) « مهما » بمعنى (إذا) .

(٢) ر . المختصر : ٢١٨/٢ .

(٣) في الأصل : ففي النظر ، والمثبت تقديره . حيث جاءت فيما سقط من (ت ٢) .

(٤) ما بين القوسين ساقط من (ت ٢) .

فإن كانا نفيسين بحيث يجرد القصد إلى شرائهما [أو]<sup>(١)</sup> رهنها ، فنقول : فسد الرهن [فيما]<sup>(٢)</sup> فيها ، وفيهما [قولا]<sup>(٣)</sup> تفريق الصفقة ، وإن كان الحق<sup>٤</sup> بحيث يقصد ، ولم تكن الخريطة بحيث تقصد . أما الحق . فيه قولًا تفريق الصفقة . وأما الخريطة ، في فيها طريقان : من أصحابنا من قطع بفساد الرهن فيها ؛ فإنها بالإضافة إلى ما فيها غير مقصود ؛ فإذا لم يصح الرهن في حشوها بسبب ، لم يصح في الخريطة أيضاً ؛ فإنها مقصودت ، وإنما قصد ما فيها ، فإذا لم يصح العقد على ما فيها فكان<sup>(٤)</sup> لا مقصود . وهذا فيه لطيف ، وهو كثير الجريان في المعاملات . ومعناه تنزيل العقد على موجب العرف والاعتياض ، من غير اتباع صيغة اللفظ .

ومن أصحابنا من قال : إذا كانت الخريطة متمولة ، فالرهن إن لم يصح في حشوها ، فيصح فيها ؛ لأن الرهن أضيف إلى الخريطة وما فيها . كما قدمناه في الحق . وإن لم تكن الخريطة متمولة ، فنقطع بفساد الرهن فيها لا محالة .

**٣٧٧٥- المسألة الثالثة :** أن يقول : رهتك الحق دون ما فيه ، فيصح الرهن فيه دون ما فيه ؛ فإنه خصص عقد الرهن بالحق ، فلم يتعده إلى ما فيه . ولا فرق بين أن يكون الحق حقيراً أو خطيراً إذا كان له أدنى قيمة ، بحيث يتمول . وقد سبق تفصيل التمول في آخر كتاب البيع ؛ فيصح الرهن كما ذكرناه .

**٣٧٧٦- ولو أطلق رهن الحق والخريطة ، ولم يتعرض لذكر ما فيها بنفي ولا إثبات ، وهذه هي : المسألة الرابعة :** فنقول :

إن كان الظرف بحيث يقصد في نفسه ، فذكر الظرف مطلقاً يقتضي نزول الرهن عليه ، دون ما في جوفه . وتعليله بين . وإن كان ذلك الظرف حقيراً لا يقصد في نفسه مفرداً أصلاً ، ولكنه مما يتمول ، فإذا جرى ذكر الظرف الذي وصفناه ، ولم يجر

(١) في الأصل : ورهنها .

(٢) ساقطة من الأصل ، والمثبت من (ت ٢) .

(٣) سقطت من الأصل .

(٤) في (ت ٢) : وكان .

كتاب الرهن / باب ما يفسد الرهن من الشرط

تعرض لما فيه نفياً وإثباتاً ، فلأصحابنا فيه وجهان : أصحهما - أن الرهن ينزل على الظرف لا غير ؛ فإنه قابل للعقد ، واللفظ لا يشعر في وضعه إلا به ، فأشبهه ما لو كان خطيراً .

والوجه الثاني - أن العقد نازل على الخريطة بما فيها ؛ فإنها إذا لم تكن مقصودة ، فذكرها في العرف يعني به الخريطة لما<sup>(١)</sup> فيها ، من هذا الوجه ، وهو من باب تنزيل العقد على موجب العرف ، من غير احتفال بصيغة ، والعقد متزل على قرينة الحال ، وموجب التفاهم العرفي .

وكل ما ذكرناه في الرهن ، فلا شك أنه لو صور في البيع ، لكان الجواب على نحو ما ذكرنا ، حرفاً حرفاً . فلا إشكال في الفصل . وإنما المقصود منه تصوير ظرف مالٍ ، ولكنه لا يقصد مع كونه مالاً ، إذا كان في جوفه مقصود . وقد فصلنا الغرض في تفصيل المسائل على ما ينبغي .

\* \* \*

---

(١) في (ت ٢) : بما .

## بَابُ الرَّهْنَ غَيْرَ مَضْمُونٍ

٣٧٧٧ - ذكر الشافعي قول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يغلق الرهن من صاحبه ، له غنمه ، وعليه غرمته »<sup>(١)</sup> واختلفوا في قوله « لا يغلق الرهن » قيل : معناه لا يملكه المرتهن بدينه ، ولا يتعلق<sup>(٢)</sup> الملك على الراهن . وقيل / : معناه لا يغلق على الراهن ٢١٠ ي الانتفاع به . وقيل : معناه لا يسقط الدين بهلاكه .

وقوله : « الرهن من صاحبه » أي من ضمان صاحبه .

مذهب الشافعي أن الرهن أمانة في يد المرتهن ، فإذا تلف في يده أو في يد العدل ، كان أمانة . والدين لا يسقط منه شيء عندـه .

وقال أبو حنيفة<sup>(٣)</sup> : هو مضمون بالدين على تفصيل له معروف .

ولو شرط الراهن كون الرهن مضموناً على المرتهن ، فالشرط فاسد ؛ لأنـه مخالف لمضمون الرهن ، ثم يفسد الرهن بفساد الشرط ، ولكنه مع فساده يكون أمانة في يد المرتهن . وهذا أصل مطرد ، فكل ما يكون أمانة في وضعه لو صـح لا ينقلب مضموناً ولا يخرج عن كونـه أمانةـ بـأنـ يفسـدـ .

واستثنـى بعض الأغبياء مـسألـةـ عنـ هـذـهـ القـاعـدـةـ ، وهـيـ إـذـ رـهـنـ شـيـئـاـ عـنـدـهـ بـدـيـنـ مـؤـجـلـ ، وـشـرـطـ أـنـ لـمـ يـفـكـ الرـهـنـ فـيـ شـهـرـ ، فـهـوـ مـبـيعـ عـنـدـ المـرـتـهـنـ وـرـاءـ الشـهـرـ<sup>(٤)</sup> ،

(١) ر . المختصر : ١١٩/٢ . والحديث رواه ابن حبان في صحيحه : ٥٧٠/٧ ، ح ٥٩٠٤ . والدارقطني : ٣٢/٣ ، والحاكم في المستدرك : ٥١/٢ ، والبيهقي في السنن الكبرى : ٦/٣٩ وانظر التلخيص ( ٨٣/٣ ح ١٢٤٣ ) .

(٢) كذلك في النسختين ، ولعلـهاـ : ولا يغلـقـ .

(٣) ر . مختصر اختلاف العلماء ٤/٣٠٨ مـسـائـلـ : ٢٠٢٤ ، رـؤـوسـ المسـائـلـ : ٣٠٣ مـسـائـلـ : ١٩١ ، الـبـادـاعـ : ١٤٠/٦ .

(٤) في ( ت ٢ ) : وراءـ الشـرـطـ .

فهذا الشرط فاسد ، ولكن إذا مضى الشهر ، فيصير بعد مضي الشهر مضموناً ، فهذا رهن انقلب مضموناً ، بحكم شرط فاسد .

وهذا يحتاج إلى فضل بيان .

فنقول : إن تلف في يده قبل مضي الشهر ، فلا شك أنه يكون أمانة ؛ فإنه لم يدخل أوان البيع بعد ، وحكم الأمانة ثابت . فإذا دخل وقت البيع المشروط على الفساد ، نظر : فإن كان يمسكه المرتهن على حكم البيع ، فهو مضمون عليه ، وهو خارج عن حقيقة الرهن ، سواء قدر على الصحة أو على الفساد .

وإن علم أن شرط البيع فاسد ، فكان يمسكه على وجوب الرهن ، وقصد ذلك ونواه ، فالذهب أن الضمان يجب ؛ فإن الرهن فاسداً<sup>(١)</sup> قدرأ أو صحيحاً [ممدوداً]<sup>(٢)</sup> إلى شهر ، فلا رهن بعد انقضائه ، ولا يد إلا عن جهة البيع الفاسد . وهذا ظاهر ، لا إشكال فيه .

وأبعد بعض الأصحاب ، فنفي الضمان<sup>(٣)</sup> إذا لم يقصد المرتهن إمساكه وراء الشهر عن جهة البيع ، وقصر الضمان فيه إذا كان يقصد الإمساك على اعتقاد البيع . وهذا رديء لا أصل له ، لما ذكرناه .

ووجه الغلط في الاستثناء أن المرهون وراء الشهر [خارج]<sup>(٤)</sup> عن كونه مرهوناً بحكم اللفظ ، فما<sup>(٥)</sup> استثنى هذا القائل مرهوناً إذن ، فكان ما جاء به لغواً .

وقد نجت مسائل الكتاب . ونحن نرسم الآن فروعاً تجريجرى مجرى الأصول ، وقد يقع فيها مسائل متبددة غير منتظمة ، والغرض الإتيان بجميعها .

(١) في (ت ٢) : فاسد قدرأ صحيحاً ممدوداً .

(٢) في الأصل ممدوداً . وهو وهم من الناسخ . فهي خبر فإن . . . .

(٣) في (ت ٢) : فنفي الضمان ذلك إذا لم يقصد .

(٤) في الأصل : خارجاً .

(٥) «ما» : (ما) هنا (نافية) ، والمعنى : أن الذي استثناء هذا القائل ليس رهناً ، ولذا وصفه بالغلط حينما قال : إن الرهن غير مضمون إلا في هذه الحالة .

**فَرَجُعٌ :** ٣٧٧٨ - قال العراقيون المودع إذا ادعى رد الوديعة ، على مالكها ، فالقول قوله مع يمينه . ولو استأجر الإنسان شيئاً ، ثم استوفى حقه منه لما قبضه ، فهوأمانة في يده ، ولو ادعى أنه رده على المالك المكري ، وأنكر المالك ، فالقول قول المالك ، فإنه قبض المستأجر لحق نفسه ، لا لغرض المالك ، ولا يصدق في دعوى الرد ، بخلاف المودع .

قالوا : كذلك إذا ادعى المرتهن رد العين المرهونة على الراهن ، وأنكر الراهن ، فالقول قول الراهن ؛ لما ذكروه من أن المرتهن ثبت يده لغرضه ، فلا يقبل منه يمينه برد ما قبضه .

ولو ادعى الوكيل الذي كان قبض من موكله عيناً ليبيعها أنه ردتها على الموكل ، قالوا : إن كان الوكيل يتصرف من غير جعل ، فقوله مقبول ، كما يقبل قول المودع ؛ فإنه لا غرض له في قبضه ويده .

وإن كان يتصرف بجعل ، فإذا ادعى رد العين ، ففي المسألة وجهان .

وكذلك إذا ادعى المعارض رد شيء من مال القراض على المالك ، ففي قبول قوله وجهان : أحدهما - لا يقبل قوله ؛ لما له في المال الذي كان تحت يده من / الغرض ، ٢١٠ ش فأشبه المستأجر ، والمرتهن .

والوجه الثاني - يقبل قوله ؛ لأنه لا غرض له في العين المقبوضة ، وإنما غرضه في مالٍ قدر له بسبب العين التي في يده ، وحق المستأجر والمرتهن في عين ما قبضه أولاً ثم ادعى ردّه .

هذا ترتيب أئمة العراق . وهو حسن بالغ .

وأما المراوزة ، فإنهم قطعوا أقوالهم بأن كلَّ مؤمن لو تلتفت العين في يده من غير تقصيره ، لم يلزم الضمان ، فإذا ادعى رد عينٍ مالكه المطلق ، فهو مصدق فيه مع يمينه ، ولم يفصلوا بين الوديعة والرهن والإجارة . وهذا قياسٌ مُطرد ، وهو [أوقع]<sup>(١)</sup> في طريق المعنى مما ذكره العراقيون . وما أشاروا إليه من كون يد المرتهن

(١) الأصل : واقع .

والمستأجر عائدة إلى منافعها ، لا يعتبر به ؛ إذ لو جاز التعويم عليه ، للزم أن يكون ما ذكره سبباً في إيجاب الضمان في الأصل على المرتهن والمستأجر لو تلفت العين في أيديهما ، كما يجب الضمان على المستعير والمستأجر<sup>(١)</sup> ، فإذا لم يكن كذلك ؛ فلا معول على ما ذكره وليت شعري ما قولهم لو أدعى المرتهن والمستأجر تلف العين في أيديهما ، هل يصدقان عندهم أم لا ؟ والقياس أن يتزل دعوى التلف متصلة بدعوى الرد في كل تفصيل .

**فَيُكَبِّرُ :** ٣٧٧٩ - إذا رهن الغاصب العين المغصوبة عند إنسان ، وكان المرتهن يحسبه مالكاً لتلك العين . فإذا تلفت في يد المرتهن ، وجاء المغصوب منه مطالباً ، قالوا : هل له مطالبة المرتهن أم لا ؟ على وجهين : أحدهما - لا يطالبه ؛ فإن يده يد أمانة على الجملة ، ولم يوجد من جهته عدوان ؛ فلا وجه لمطالبه .

والوجه الثاني - أنه يطالب ؛ لأن العين المغصوبة تلفت في يده ، ولم يوجد من جهة مالكها ائتمان فيها . ثم فرعوا على وجهين . قالوا : إن قلنا : لا يطالب المرتهن ، فلا كلام . وإن قلنا : إنه مطالب ، فهل يستقر الضمان عليه ؟ فعل وجهين : أحدهما - يستقر ؛ فإن التلف حصل في يده ، فأشبهه ما لو أتلفه بنفسه ، والتلف والإتلاف في الأعيان المغصوبة بمثابة واحدة ، فينبغي أن يصير التلف متنه الضمان في يد من وجد التلف في يده ، وهذا معنى القرار . ثم من أثر الحكم بالقرار أنه إذا غرَّ المالك المرتهن ، لم<sup>(٢)</sup> يرجع على الغاصب ، فإذا غرَّ الغاصب رجع [هو]<sup>(٣)</sup> على المرتهن .

وقد طردوا ما ذكروه من الترتيب في يد المستأجر من الغاصب ، ويد المودع من جهة الغاصب ، وكل ذلك وهم<sup>(٤)</sup> يحسبون أن الغاصب مالك العين<sup>(٥)</sup> .

(١) المراد الأجير المشترك ، وتكون المستأجر (فتح الجيم) . (وانظر روضة الطالبين : ٩٧/٤) .

(٢) في الأصل كما في (ت٢) : ولم . ولا محل للواو فيما قدرنا . والله أعلم .

(٣) مزيدة من (ت٢) .

(٤) الضمير يعود على المستأجر ، والمودع ، والمرتهن .

(٥) أما إذا علم أن هذا مغصوب ، فاستأجره أو ارتهنه . . . ، فهو ضامن ضمان الغصوب قطعاً .

وطرق العراقيين مخالف لطريق المراوزة في هذه القاعدة ؟ فإن المراوزة يقطعون بتوجيه المطالبة على المرتهن والمستأجر والمودع من جهة الغاصب على جهيل بحقيقة الحال في هذه المنازل ، ثم يقطعون بأن الضمان مستقر على هؤلاء أصلاً . هذا بيان الطرق فيما ذكرنا .

**في<sup>٣٧٨٠</sup>** : قد ذكرنا صحة رهن المشاع عندنا ، فلو كانت دار مشتركة بين شريكين ، فلو رهن أحدهما نصيبه شائعاً من بيت معين من الدار المشتركة ، فقد ذكر العراقيون وجهين في صحة الرهن : أصحهما - الصحة ، جرياناً على القاعدة الممدة . والثاني - لا يصح ؛ فإننا لو قدرنا الاستقسام من الشريك ، فربما يتفق وقوع هذا البيت كله في نصيب الشريك ، الذي لم يرهن ، وهذا يُفضي - لو صح - إلى بطلان الرهن . وهذه مسألة لطيفة .

ثم لو صححتنا الرهن على الأصح ، ففي كيفية إجراء القسمة تردد - إن كنا نرى إجراءها في المرهون ؛ فإننا وإن جوزنا القسمة في المرهون ، فليس / فيها إبطال حق<sup>٤١١</sup> المرتهن بالكلية ، ولكن يتغير حقه بعد أن كان مشاعاً . ولو أجرينا القسمة في الصورة التي ذكرناها ، فقد يؤدي إلى إخراج البيت بالكلية عن الرهن ، وفيه إبطال حق المرتهن ، فليتأمل الناظر في القسمة إن وقعت وتضمنت خروج البيت عن ملك الراهن بالكلية ، أيتجه أن يقال : يغَرِّم الراهن قيمة الشخص المرهون ، ويضعها رهناً عند المرتهن ؟ أم كيف السبيل فيه ؟

ووجه التردد أنه لم يأت من قبل الراهن شيء ، ولم يجز<sup>(١)</sup> الشريك المستقسم ، فقد يتحمل أن يجعل هذا بمثابة تلف المرهون في يد المرتهن ، ولكن قد اعتاض عنه الراهن ؛ فإن ملكه إن زال عن قسطه من البيت ، فقد وقع له في القسمة خلوص شيء آخر في قُطْرٍ آخر ، فالوجه إذن تغريمي القيمة .

(١) كذا في الأصل ، مع أن النقط فيها أشد من النادر ، وفي (ت ٢) بهذا الرسم أيضاً وبدون نقط مع أنها تلتزم النقط دائماً . ولعلها : « لم يَجُرْ » من الجور ، أو « لم يَجِنْ » ، فالمعنى المفهوم من السياق : « أن خروج الرهن من يد المرتهن لم يأت بفعلٍ من الراهن ، ولا بجنائية من الشريك المستقسم ، فأشباه ما لو كان بأفة سماوية » .

**فِرَغٌ :** إذا اشتريَ رجل عبداً بألف ، فجاء إنسان وترع بأداء الدين ، وكان ما أداء من جنس الثمن ، فيصح ، وتبرأ ذمة المشتري ، ولا يرجع المتبَرِع عليه بما أداء ، وإن أبداً ذمته ؛ فإنه لم يؤدِّ بياذنه ، فلو خرج المبيع مستحقاً ، وبيان بطلان العقد ، فالبائع يرد ما قبض على المتبَرِع ، ولا يرده على المشتري ؛ فإن المتبَرِع إنما أداء ثمناً ، فإذا لم يكن<sup>(١)</sup> ، ردَّ عليه ما سلمه إليه .

ولو استمر العقد على الصحة ، ولكن وجد المشتري بالمبيع عيباً ، فرده على البائع ، فالبائع يرد ثمنه . واختلف أئمتنا : فمنهم من قال : يرده على المشتري ؛ فإن البيع لم يتبيَن بطلاً ، وبقي الثمن على حقيقته ، فلا سبيل للمتبَرِع إلى الرجوع فيما تبع به . وليس ذلك كصور الاستحقاق .

ومن أصحابنا من قال : يرد الثمن على المتبَرِع ؛ فإنه ما جرى بينه وبين المشتري ما يتضمن تملِيك المشتري من طريق التضمين . وإنما طلب المتبَرِع أن يبرأ ذمة المشتري من غير تقدير تملِيك له ، حتى يقال دخل المؤدى في ملك المشتري في ألطاف زمان ، ثم انتقل من ملكه ، ودخل ملك البائع ، فإذا لم يكن [ذلك]<sup>(٢)</sup> ممكناً ، فالرجوع إلى المشتري بعيد مع أنه لم يخرج من ملكه شيء ، وإنما يعود إلى الملك ما يخرج منه .

ولو جاء المتبَرِع وأدى إلى البائع عَرْضاً عوضاً عن الثمن الذي في ذمة المشتري ، فالمذهب أن ذلك جائز ، كما لو تبرع بأداء جنس الثمن .

ومن أصحابنا من منع ذلك من المتبَرِع ؛ فإن بذل العوض يستدعي دخول المعاوض في ملك باذل العوض ، وهذا غير متصور في حق المتبَرِع .

والأشد الوجه الأول ، لما ذكرناه من نزول تبرع المتبَرِع متزلة الفداء ، وذلك يجري في الجنس وغير الجنس .

(١) أي إذا لم يكن ما تبرع به ثمناً .

(٢) مزيدة من (ت ٢) .

ولو نكح الرجل امرأة وأصدقها شيئاً ، فتبرع أجنبي وأدى ذلك الصداق عن الزوج من غير إذنه ، ثم الزوج طلقها قبل الميسىس ، فنصف ما أداه المتبرع يرجع إلى الزوج أم يرجع إلى المتبرع ، فعلى الوجهين ؟ المذكورين في صورة الرد بالعيوب .

**فِرَغُ ٣٧٨٢ :** إذا استحفظ الرهن عدلان ، فهل لأحدهما أن ينفرد بالحفظ ؟ فعلى وجهين ذكرهما القاضي وغيره : أحدهما - أنه لا ينفرد ؛ لأن ظاهر التفويض إلى شخصين يقتضي أن يشتراكا فيه ، ويجمعان نظريهما ، كما نقول في الوصيين .

والثاني - يجوز لكل واحد أن ينفرد بالحفظ ؛ فإن الاشتراك في عين بحكم العرف يقتضي تسلط كل واحد على الحفظ . وقد ذكرت هذا فيما تقدم . ولكن ردت احتمالات ، فقد وجدناها منصوصة للأئمة .

إن كان الشيء مما ينقسم ، وقد جوزنا الانفراد بالحفظ ، فهل يجوز أن يقسم بينهما حتى ينفرد كل واحد بحفظ حصته ؟ / فعلى وجهين : أحدهما - أن ذلك جائز ، ٢١١ ش كما يجوز على الوجه الذي نفرع عليه أن ينفرد كل واحد بحفظ الكل ، إذا لم تكن منازعة .

والثاني - لا تجوز القسمة ؛ فإن الانفراد قد تلقيناه من العرف ، أما القسمة ، فليس يشعر بها العرف ، ولا يتضمنها الإذن .

**فِرَغُ ٣٧٨٣ :** إذا رهن رجل من رجال شيئاً ، ثم سلمه إليه ، وقال : قصدت بالتسليم إليك إيداعه عندك ولم أقصد إتمام الرهن وإلزامه بالقبض ، فهل يصدق الراهن ؟ فعلى وجهين : أحدهما - أنه يصدق ؛ فإنه المسلم وإليه القصد والنية . ولا خلاف أنه لو قال عند التسليم : خذه وديعة ، ولست أقصد إلزام الرهن ، فإنه يقع وديعة ، والرهن على جوازه ، وكذلك إذا نوى وقصد .

والوجه الثاني - أن القول قول المرتهن ؛ فإن الغالب في العرف أن من رهن ، فإنه لا يسلم المرهون إلا من جهة الرهن ، وإن هو لم يرد ذلك ، فالغالب أنه يودع المرهون عند غير المرتهن ، فصدقنا المرتهن لظاهر الحال . وللفرع التفات على أن اليد هل تدل على الرهن ؟

**فَرَيْجُ** : ٣٧٨٤ - قد ذكرنا أن يد العدل تنوب عن يد الراهن من وجهه ، وعن يد المرتهن من وجهه ، وليس للمرتهن أن يأخذ الرهن من يد العدل ، فلو أنه اغتصبه وأخذه من يده ، فقد صار متعدياً ، ضامناً بما جرى منه ، فلو جاء ورده إلى العدل ، فالذى ذهب إليه جماهير الأصحاب أن المرتهن يبرأ بما فعل عن ضمان الغصب ؛ لأن يد العدل يدُ المالك ؛ فإذا رد ما أخذه إلى نائب المالك ، حكمنا ببراءته عن الضمان .

ومن أصحابنا من قال : لا يبرأ عن الضمان ما لم يرد المأخوذ إلى المالك . ثم <sup>(١)</sup> يأذن للعدل إذناً جديداً في قبض الرهن من المرتهن ؛ وذلك أن يد العدل قد [زالت] <sup>(٢)</sup> بطاريء العدوان ، فإعادة اليدي أمر جديد ، فلا بد فيه من إذن جديد ، والأصح الأول .

وإن قلنا بالثاني ، فليس للعدل أن يقبضه منه إذا جاء به ؛ فإننا نزعم أن التعديل الأول قد انقطع وزال ، فلا بد من تجديد .

وما ذكرناه في العدل ، فلا شك في جريانه في المودع ، وسيأتي شرح ذلك ، وتفصيل القول في أن المودع هل يخاصم من غصب الوديعة حتى يستردها - في كتاب الوديعة ، إن شاء الله عز وجل .

**فَرَيْجُ** : ٣٧٨٥ - إذا رهن عند إنسانٍ أرضاً ، وشرط للمرتهن أن يغرسها لنفسه بعد مضي شهر ، فيده قبل انقضاء تلك المدة يد أمانة ، وإذا انقضت المدة ، وأخذ في الانتفاع ، صارت يده يد عارية ؟ من جهة أنه متفع بالإذن ، من غير استحقاق . وهذا معنى المستعير . فلو أنه غرس قبل المدة المضروبة ، فقد تعدى وجوب الإذن ؛ وغراسه لهذا السبب مقلوع ، ولو أنه غرس في أوان الإذن في الغراس ، فهو مستعير غارس ، فلا يُقلع غراسه مجاناً ، كما سيأتي ذلك مشرحاً في كتاب العارية .

ولو قال الراهن : رهنتك الأرض فإذا مضى شهر ، فهي مبيعة منك . فإذا انقضى <sup>٢١٢</sup> الشهر ، فغرسه ، فلا شك أن الأرض ليست <sup>(٣)</sup> مبيعة منه ، فإذا غرسها نظر / : فإن كان

(١) في (ت٢) : أو ما لم يأذن للعدل إذناً جديداً .

(٢) في الأصل : زال ، و(ت٢) : زال . والمثبت تصرفاً من المحقق .

(٣) في (ت٢) : غير مبيعة .

يعتقد أنها مبيعة ، وأن غرسه واقع في ملكه ، فقد نقل أئمة المذهب عن الشافعي في هذه الصورة أنه قال : « هو في غراسه كالمستعير إذا غرس على وفق الإذن ، فإننا لا نقلع غراسه مجاناً ». وهذا حسن منقاس لا شك ؟ فإن ما جرى [من]<sup>(١)</sup> صورة البيع ، لا ينحط عن الإذن في الغراس .

فاما إذا كان عالماً بفساد البيع ، وأقدم على الغراس ، مع العلم بحقيقة الحال ، فقد نُقل عن الشافعي أنه قال : « غراسه مقلوع » .

فإن قيل : إن لم يصح البيع ، فهلا قيل : ما صدر من الراهن إذن في الغراس ؟  
قلنا : لم يتعرض الراهن لتفصيل التصرفات ، وإنما ذكر بيعاً ، فإن صح ، حكم به ، وإن فسد وجرى غرس على جهل ، يعذر الغارس ، وكان كالمستعير . وإن غرس عن علم ، فلا عذر .

وهذا على حاله غير خالٍ عن ضرب من الاحتمال .

**فتىجع** : ٣٧٨٦ - من مات وخلف تركة والديون على قدرها ، أو أكثر ، أو أقل ، فالذى أطلقه علماء الشريعة أن الديون تتعلق بأعيان التركة ، وتصير التركة موثقة بها . ثم ذكر العراقيون قولين في أن تصرف الوارث هل ينفذ في التركة قبل أداء الدين : أحدهما - أنه لا ينفذ ، وهو ظاهر ما اختاره المراوازة .

والقول الثاني - إن تصرفه نافذ ، ونزلوا تعلق الدين بالتركة منزلة تعلق الأرث برقبة العبد الجاني ، وقد مضى في بيع العاجاني قوله ، والتفریع عليهما في كتاب البيع ، وإنما شبھوا هذا بتعلق الأرث ؟ من قبل أن الأرث يتعلق برقبة الجاني من غير قصدٍ من المالك ، كذلك الدين يتعلق بالتركة من غير إيثار واختيارٍ من المتوفى ومن الورثة .

وهذا الذي ذکروه تشبيه حسن من طريق الظاهر .

ولكن الذي يقتضيه الأصل عندي أن تعلق الدين بالتركة يضاهي طريق تعلق الرهون ، والدليل عليه أن هذا مما حكم الشارع به نظراً للمتوفى ، ولأجل تحقيق ذلك الحكم بحلول الآجال ، مع ما فيها من التفاوت في المالية . فإذا كان سبب تعلق الديون

(١) في الأصل : في .

بالتركة ما وصفناه ، فلا يليق بهذه المصلحة تسلیطُ الوارث على التصرف ، وليس كالأرض ؛ فإنه أمر جزئي في حال نادر ، والديون في التراثات عامة الكون والواقع .

ثم فرع العراقيون ، وقالوا : إن ردتنا بيع الوارث ، فلا كلام . وإن نفذناه ، نظر : فإن أدى الدين من ماله ، جرى البيع على نفاذِه ، وإن امتنع ، نقضنا بيده والتفریع على الجملة يقع على حسب تفریع بيع السيد للعبد الجانی . فإن قلنا : لا ينفذ بيع الوارث ، لمكان الدين ، لم يفصل بين الدين المستغرق وبين الزائد وبين الناقص .

هذا ظاهر المذهب .

وذكر بعض أصحابنا وجهاً أن الدين إن كان أقلَّ من الترثة ، لم يتمتنع به التصرف على الوارث ، وينفذ التصرف إلى أن لا يبقى من الترثة إلا كفاء الدين . [وسنعود إلى هذا]<sup>(١)</sup> في كتاب التفليس ، إن شاء الله عز وجل على قياس الديون في الرهون .

٣٧٨٧- وإن لم يكن في الترثة دين ، وكان البائع باع عبداً واستوفى ثمنه وأتلفه ، ثم مات ، وخلف ترثة ، ولم يخلف ديناً ، فتصرف الوارث في الترثة بالبيع ، ثم وجد مشتري العبد به عيباً ، فرده في الترثة فيصير الثمن ديناً ، وهل يتبع تصرف الورثة في الترثة بالنقض / ، لمكان الدين المنعكس على الترثة ؟ فعلى وجهين ذكرهما ش ٢١٢ العراقيون ، مفترعين على أن الدين الناجز في الترثة يمنع التصرف : أحدهما - أنا نتبين فساد تصرفه في الأصل ، ونجعل ما لحق من الدين بسبب الرد بمثابة ما يكون موجوداً حالة الإقدام على التصرف ؛ فإنَّ السبب الموجب لذلك كان مقارناً ، كما لو كان الدين مقارناً .

ثم إن قلنا : يتبيَّن فساد التصرف ، فلا كلام . وإن قلنا : لا يستند<sup>(٢)</sup> ، والبيع قد انقضى على نعت اللزوم ، فإن أدى الوارث الثمن المنعكس على الترثة ، فذاك ، وإن لم يؤده ، فهل يفسخ تصرفه ؟ فعلى وجهين : أحدهما - أنا نفسخه ؛ فإنما لو لم نفعل ذلك ، أدى إلى أن لا يجد من رد بالعيوب مرجعاً ، ولا سبيل إلى تضييع حقه .

(١) في الأصل : وسنعيد هذا .

(٢) أي لا يبطل (بالاستناد) .

والوجه الثاني - أنا لا ننسخ [ذلك]<sup>(١)</sup> التصرف ؛ فإنه كان انتهى إلى صفة اللزوم ، فلا وجه لمنع لزومه على الوجه الذي نفرع عليه ، ولو كنا نُسند الأمر إلى ما سبق ، لأنسنا تبيّن الفساد إلى التصرف ، فعلى هذا إذا لا وجه إلا مطالبة المتصرف في التركة ، كما يطالب بيده المختص به . ورُبَّ دين يلزم إنساناً ، وإن لم يكن ملتزمـه في الابداء ، كما يلزم الضامـن بسبـب الضمان .

٣٧٨٨ - ولو خلف تركة ولا دين ، فاقتسم التركة الورثة وتصرفاـ فيها ، ثم تردـ في بئـر كان احتـفـرـها المتوفـيـ في محل عـدوـان ، فاقضـى الحال انعـكـاسـ الضمان على التـرـكـةـ ، فـهـلـ يـتـبعـ ماـ تـقـدـمـ منـ التـصـرـفـاتـ بـالـنـفـضـ ؟ـ فـيـ المسـأـلـةـ وجـهـانـ مرـتبـانـ علىـ التيـ نـجـزـتـ الآـنـ .ـ وـهـذـهـ الأـخـيـرـةـ أـولـيـ بـأـنـ لـاـ تـنـقـضـ التـصـرـفـاتـ فـيـهاـ إـسـنـادـاـ ؟ـ فـإـنـ مـاتـ وـكـانـ باـعـ عـبـدـاـ ،ـ فـعـهـدـةـ العـقـدـ قـائـمـ ،ـ فـكـأـنـهـ تـرـكـ عـلـىـ الـوـرـثـةـ ذـلـكـ العـبـدـ بـعـهـدـتـهـ ،ـ وـلـاـ شـكـ أـنـ هـذـهـ أـقـرـبـ مـنـ فـرـضـ تـرـدـيـ بـهـيمـةـ فـيـ بـئـرـ بـعـدـ سـنـينـ ،ـ ثـمـ التـفـرـيعـ فـيـ هـذـهـ المسـأـلـةـ عـلـىـ حـسـبـ التـفـرـيعـ فـيـ مـسـأـلـةـ الرـدـ بـالـعـيـبـ .ـ وـالـلـهـ أـعـلـمـ بـالـصـوـابـ .ـ [ـوـإـلـيـهـ المرـجـعـ وـالـمـآـبـ .ـ اـنـتـهـيـ كـتـابـ الـرـهـنـ]<sup>(٢)</sup> .

\* \* \*

(١) مزيدـةـ مـنـ (ـتـ ٢ـ)ـ .

(٢) زـيـادـةـ مـنـ (ـتـ ٢ـ)ـ .



## كِتابُ التَّفْلِيسِ

٣٧٨٩- التفليس والإفلاس في أصل اللسان ، يعبر بهما عن الانتهاء إلى غاية الضرر في المسكنة . وقول القائل : أفلس فلان ، معناه انتهى بضرورته إلى فلوسه ، ولم يبق له مال يُرمق . وقول القائل : أفلس ، معناه وصل إلى الفلوس . وهو على مذهب العرب ، إذا قالت : أسهل زيد ، وأحزن عمرو ، إذا انتهيا إلى السهل والحزن . والتفليس اكتساب المفلس نعت إفلاسه .

٣٧٩٠- والذي نصّر به الكتاب أن من قل ماله ، وكثرت ديونه ، فللقارئ أن يحجز عليه ، لأجل غرمائه إذا استدعوا ذلك منه ، ويستفيدون باستدعاء الحجر قسر يده عن التصرفات في ماله ؛ حتى تُصرف أمواله إلى جهات ديونه ، والأصل في جواز ذلك ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم : « أنه حجر على معاذ بن جبل رضي الله عنه ، وباع عليه ماله في ديونه »<sup>(١)</sup> ، وعن عمر بن الخطاب أنه قال في أثناء الخطبة : « ألا إن الأسيف ، أسيف جهينة ، رضي من دينه وأمانته بأن يقال : سبق الحاج ، فادان معرضاً ، فأصبح وقد [رين]<sup>(٢)</sup> به ، وإنما بائعو ماله غداً ، فمن كان له عليه حق فليحضر »<sup>(٤)</sup> .

(١) حديث الحجر على معاذ : قال في البدر المنير : « هذا الحديث صحيح » وأخرجه الدارقطني : ٤/٢٣٠ ، والحاكم : ٣/٥٨-٢٧٣ ، والبيهقي : ٦/٤٨ ، ورواه أبو داود في المراسيل ، وانظر التلخيص : ٣/٨٦ ح ١٢٤٤ .

(٢) معرضاً : أي متوسعاً في الدين ، من أعرض في الشيء إذا توسع فيه .

(٣) في الأصل : دين . ورين به (بالراء) : وقع فيما لا طاقة له به ، ولا يستطيع الخروج منه (معجم) .

(٤) حديث عمر في أسيف جهينة رواه مالك في الموطأ بسند منقطع : ٢/٧٧٠ الوصية ، ووصله الدارقطني في العلل : ٢/١٤٧ ، وانظر التلخيص : ٣/٩١ ح ١٢٥٠ .

ثم إذا زادت ديون المرأة على ماله ، واستدعي الغرماء الحجر عليه أسعفهم ، وضرب عليه حجراً .

ي ٢١٣ - ٣٧٩١ فإن كانت ديونه على مقدار ماله من غير زيادة ولا نقصان / ، فهل يحجر عليه إذا استدعي [الغرماء]<sup>(١)</sup> الحجر ؟ فعلى وجهين مشهورين : أحدهما - لا يحجر عليه ؛ فإن ماله كفاء لديونه ، وفيه وفاء بجملتها ، وإنما فائدة الحجر تضارب الغرماء بحصصهم ، ورجوع كل إلى ما يقتضيه بسبب حقه .

والوجه الثاني - أنه يحجر إذا استدعوا ؛ فإن الديون إذا ساوت ، مما أسرع ما تزيد ، ولو لم يبتدر القاضي الحجر ، لجر ترك الحجر ضرراً على الغرماء ، وهذا الوجه مختار عند الأئمة ؛ فإننا إذا كنا نسعى في إيصال الغرماء إلى حصص من ديونهم عند ضيق المال ، فلننسع في إيصالهم إلى كمال حقوقهم عند مساواة الديون المال .

٣٧٩٢ - ولو كانت الديون أقل من مقدار المال واستدعي الغرماء الحجر عليه ، فقد ذكر أصحابنا في إسعافهم وجهين مرتدين على الوجهين في مساواة الديون المال ، والصورة الأخيرة أولى بأن لا يجابوا إلى ملتمسهم .

وأطلق الأئمة ذكر الخلاف في الديون القليلة ، فلا بد من تفصيل ذلك ؛ فإننا على قطعِ نعلم أن من يرجع إلى ثروة طائلة ؛ ونעםة ضخمة ، وعليه دين قليل بالإضافة إلى يساره ، فتجويز الحجر على من هذا وصفه محالٌ ، وقاتله في حكم الخارج للإجماع ، فالوجه في تقرير القول في ذلك ما ذكره صاحب التقريب ، حيث قال : إذا انحطَّ قدر الدين عن قدر المال ، ولكننا كنا نرى الديون إلى ازدياد ، والدخل<sup>(٢)</sup> إلى انحطاط ، وظهر في ظتنا إفضاء الأمر على قرب إلى المساواة ، ثم منها إلى الزيادة ، فإذا كان كذلك ، اتجه الخلاف في ضرب الحجر .  
والأمر على ما ذكره ، فلا يسوغ تخيل غيره .

٣٧٩٣ - ثم ذكر أئمتنا في الدين القليل في التركة خلافاً أيضاً ، في أنَّ الوارث هل

(١) في الأصل : الورثة .

(٢) (ت ٢) : والرجل .

يمتنع عليه التصرف في التركة بسبب الدين القليل ؟ وقد قدمنا ذكر هذا في آخر كتاب الرهن . والنظر في هذا إذا كان الدين قليلاً على خلاف ما ذكرناه في حالة الحياة ؛ فإن التركة متعلقة بالديون ، كالرهون التي يتوثق الدين بها ، وكرقاب الجناء . [و][١) على أي وجه فرضنا الأمر ، فلا فرق بين القليل والكثير . والحجر في حالة الحياة ابتداءً أمر لدرء الضرار عن الغرماء ، وليس أموال من عليه الديون متعلقة للديون قبل اطراد الحجر .

٣٧٩٤- ثم قال العلماء : لا يضرب القاضي الحجر إلا إذا استدعي الغرماء ، فإن استدعي كلهم ، أجبوا على التفصيل المقدم وإن استدعي بعضهم ، نظر : فإن كان دين المستدعي بحيث يجوز الحجر بمثله لو لم يكن معه دين آخر ، فإنه يجاب ، ثم لا يختص الحجر به ، بل يصير محجوراً عليه في حقوق الغرماء كافة .

ولو لم يوجد من الغرماء كلهم الاستدعاء ، واستدعي من دينه يقل عن مبلغ المال ، والتفریع على أن الدين القليل لا يحجز القاضي به ، فهل يحجر إذا استدعي بعض الغرماء ؟ فعلى وجهين : أحدهما - أنه يحجر ، وهو اختيار شيخنا أبي محمد . ومن أصحابنا من قال : لا يحجز ما لم يبلغ ديون المستدعين مبلغاً يجوز الحجر بمثله لو لم يكن مزيد . ووجهه بين .

ولو لم يستدعي الغرماء الحجر أصلاً ، فليس للقاضي أن يحجز على المديون ابتداءً ، نظراً منه إلى طلب المصلحة الكلية . هذا لا خلاف فيه .

٣٧٩٥- ولو ارتفع بنفسه إلى مجلس القضاء واستدعي منه أن يحجز عليه ، ويفض (٢) أمواله على غراماته ، فهل يجيئ أم لا ؟ اختلف أصحابنا في المسألة : فذهب الأكثرون إلى أنه يجيئ . وقال آخرون : لا يجيئه مالم يستدعي الحجر غريم ، أو غرماء .

وقد قال العلماء : ما كان حجر رسول الله صلى الله عليه وسلم على معاذ بن جبل

(١) مزيدة من (ت ٢) .

(٢) يفض : يقسم .

ش ٢١٣ من جهة استدعاء غرمائه ، والأشبـه / أن ذلك جرى باستدعائه<sup>(١)</sup> .

٣٧٩٦- ثم إن الشافعي ذكر بعد تمهيد القول في الحجر : أن البائع يرجع بعين المبيع إذا أفلس المشتري بالثمن ، واطرد الحجر عليه ، والقول في هذه المسألة وأطرافها معظم الكلام في التفليس .

٣٧٩٧- فنقول : من باع عيناً وسلمها وأفلس المشتري ، فحجر القاضي عليه ، فللبائع أن يرجع [بعين]<sup>(٢)</sup> المبيع ، ويفسخ البيع ؛ حتى لا يحتاج إلى مضاربة الغرماء ، و[محاصصتهم]<sup>(٣)</sup> بالثمن والأصل في ذلك الحديث ، وهو ما روي عن أبي هريرة أنهرأى رجلاً قد أفلس ، فقال : « هذا الذي قضى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم : أيما رجل مات أو أفلس ، فصاحب المتعاق أحق بمتاعه ، إذا وجده بعينه »<sup>(٤)</sup> قوله : « هذا الذي » ظاهر معناه أنه لم يُرِد أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى على ذلك الشخص المعين ، وإنما أراد بتعيينه التعرض لقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم في صنفٍ من عينه .

وأبو حنيفة<sup>(٥)</sup> خالف في المسألة ، ومنع فسخ البيع بعد تسليم المبيع .

ثم أجرى الفقهاء في الخلاف طرفاً من المعنى ، ووجه الخصوم عليها أسئلة ، فدفعها أئمة المذهب بأمور مستفادة مذهبية . ولا ينتظم ذكرها إلا في معرض الأسئلة والأجوبة .

(١) ينكر ابن حجر أن يكون الحجر على معاذ كان بطلب منه ، ويقول : « هذا شيء ادعاه إمام الحرمين في النهاية ، وتبعه الغزالـي ، وهو خلاف ما صح من الروايات المشهورة » ثم أشار إلى ما رواه الدارقطني من أن معاذاً أتى النبي صلى الله عليه وسلم ، فكلمه ليكلم غرماء ليرفقوا به ، وبذلك تجمع الروايات ١ - التلخيص : (٣/٨٨) ، سنن الدارقطني : (٤/٢٣١) .

(٢) في الأصل : في عين .

(٣) من هامش (٢/٢) ، وفي الأصل ، كما في (٢/٢) : محاصصتهم .

(٤) حديث أبي هريرة : أخرجه أبو داود : بيوع ، باب في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه ، ح ٣٥٢٣ ، ومسند الشافعي رقم (٥٦٤) ، والمستدرك (٢/٥٠) ، وانظر التلخيص (٣/٨٧) ح ١٢٤٦ .

(٥) ر . حاشية ابن عابدين : (٤/٤٤) .

٣٧٩٨- فالذى هو عmad المذهب في إثبات حق الفسخ أن الثمن أحد عوضي البيع ، فليكن التعذر فيه بمثابة التعذر في المبيع ؛ فإن البائع يستحق على المشتري تسليم الثمن كما يستحق المشتري على البائع تسليم المبيع ، [والتناقض تبادل]<sup>(١)</sup> في العوضين ، فالذى يقتضيه العقد استواء الشقين . ثم اعتضد الأصحاب بالقياس على تعذر المُسلّم فيه بسبب انقطاعه .

هذا متعلق المذهب على الجملة أوردناه [لنفرض]<sup>(٢)</sup> عليه الأسئلة المذهبية .

٣٧٩٩- فإن قيل : لو كان الثمن كالMuslim فيه ، لما جاز الاستبدال عنه قبل قبضه كالMuslim فيه . قلنا : في الاستبدال عن الثمن قولان منصوصان .

إن قيل : هلا قلت : انقطاع جنس الثمن يقتضي من الانفساخ ، أو ثبوت حق الفسخ ما يقتضيه انقطاع المسلم فيه ؟ قلنا : هذا خارج على قولي الاستبدال ، فإن أحقنا الثمن بال المسلم فيه في الاستبدال عنه ، فلو انقطع جنس الثمن ، كان كما لو انقطع المسلم فيه .

إن قيل : هلا أثبتتم للبائع حق الرجوع وإن تلف المبيع في يد المشتري ؟ قلنا : سبب إثبات حق الفسخ الخلاص من زحمة المضاربة ، وإنما يتأنى هذا بالرجوع إلى عين لا يزاحم الراجح فيها .

إن قيل : قدموه بقيمة المبيع من غير مضاربة . قلنا : حقه في العين ، فلا يقدّم إذا فاتت .

٣٨٠٠- فإن قيل : الرهن قد يفوت ، وتنقل الوثيقة إلى بده ، فهلاً كان الأمر كذلك في البائع مع المفلس ؟ قلنا : حق المرتهن لا يتأنى في وضع الرهن إلا من بده ، فلم يتمتع انتقال حقه إلى البدل ، بخلاف البائع ؛ فإن حقه في العين . فإن قالوا : إنما يُثبتون للبائع حق الرجوع طلبا لفائدة ، وقد يستفيد بالمضاربة بالقيمة

(١) في الأصل : والتناقض يتبادل . و(٢) : والتناقض تبادل . والمثبت تصرف من المحقق .

(٢) في الأصل : بدون نقط . وفي (٢) : نقص . وما اخترناه هو اللفظ المعهود في لغة إمام الحرمين .

ي ٢١٤ أمراً ، وذلك إذا كانت القيمة أكثر من الثمن المسمى ، فإذا ضارب / بالقيمة ، كانت حصته أكثر من حصته في المضاربة بالثمن . قلنا : الأمور<sup>(١)</sup> تحمل على اعتدال ، والغالب أن القيمة كالثمن . وإن فرضت زيادتها تارة ، لم يمتنع فرض نقصانها أخرى . وقد قال بعض أئمتنا بالمضاربة بالقيمة إذا ظهرت الفائدة . وحکى الإمام ذلك ، وحکاه غيره على ندور ، واشتهر بين الخلافيين .

١٣٨٠١ - فإن قيل : ينبغي ألا يفسخ إذا قدمه الغرماء بتمام الثمن ، قلنا : له الفسخ وإن قدموه ؛ لمعنىين : أحدهما - أنه ربما لا يرضى بتقليل منه منهم ، ويأبى إلا ما أثبته الله تعالى له . والثاني - أنه لا يأمن ظهور غرماء لا يرضون بتقديمه .

إن قيل : قد استشهدتم بالانقطاع في المسلم فيه ، وذلك لما أثبتت حق الفسخ ، لم يفرق فيه بين أن يكون رأس المال قائماً أو تالفاً . قلنا : السبب فيه أن المسلم إليه إذا لم يكن مفلساً ، فالرجوع إلى بدل رأس المال ممكن معه ؛ إذ لا مضاربة حيث لا حجر .

إن قالوا : لو أفلس المسلم إليه وحجر عليه وجنس المسلم فيه غير منقطع ، فماذا ترون ؟

قلنا : يفسخ المسلم ، ويرجع إلى رأس المال رجوع البائع إلى المبيع . فلو كان رأس المال تالفاً في هذه الحالة ، وجنس المسلم فيه غير منقطع ، فلا يثبت الفسخ بسبب فوات عين رأس المال ، ومسيس الحاجة إلى المضاربة ، كما قدمنا ؛ فلا فرق بين الفلس بال المسلم فيه ، وبين الفلس بالثمن .

إن قيل : لو اجتمع فلس المسلم إليه ، وانقطاع جنس المسلم فيه ، فماذا ترون ؟  
قلنا : اختلف أصحابنا في هذه المسألة ، فمنهم من قال : لا يثبت الفسخ مع الفلس إذا لم يجد من يقدر فاسحاً عيناً يقدم<sup>(٢)</sup> بها ؛ لأنه لو فسخ ، لاحتاج إلى المضاربة ، والفسخ إنما أثبت للخلاص منها . وظاهر المذهب أنه ثبت حق الفسخ في هذه الصورة ؛ لأنه يستفيد بالفسخ الوصول إلى بعض حقه عاجلاً ، ولو لم يفسخ ، لأنظره

(١) في (ت ٢) : «الأصول» .

(٢) في الأصل : ويقدم بها .

إلى وجود الجنس ، فربما يوجد الجنس ولم يبق بيده شيء يؤدّي منه حق المُسلِّم .

٣٨٠٢ - وما يجري في هذه المسألة أنهم يقولون : الفسخ لا يرد على العين المبيعة ، فإنه سلمها إلى المشتري ، وإيراد الفسخ على الثمن وهو دين محال ، فإن الفسخ تعتمد الأعيان ، فتردها ، ثم تقتضي استرداد أعوااضها . قلنا : هذا ينقضه السَّلْم ؛ فإنَّ الفسخ ينشأ من تذرُّع فيه ، وهو دين ، ثم الفسخ يرد على العقد إذا قام ما يوجب الفسخ ، وعلى هذا بنينا إجراء التفاسخ إذا تحالف المتعاقدان بعد تلف المبيع .

فإن قيل : هل تجوزون أن يقول البائع : ردَّتُ الثمن أو فسخت العقد فيه ؟ قلنا : امتنع من إطلاق ذلك بعض الأصحاب ، وقالوا : حق الفسخ أن يضاف إلى العقد المرسل ، ثم إذا انفسخ استعقب الفسخ مقتضاه . وقال قائلون : تصح العبارة على الوجه الذي طلبه السائل ، ولا يضر إضافة الفسخ إلى الثمن ، وقولنا في ذلك ، كقول الجميع في السلم .

٣٨٠٣ - فإن قيل : إذا باع رجل عبداً بجارية ، وتقابضا ، فقبض المشتري العبد والبائع الجارية ، وتلف العبد في يد قابضه ، وأفلس ، ووُجِد قابضُ الجارية بها عيباً ، فإنه يردها ، فهل يتقدم بقيمة العبد المسترد على الغرماء ؟ قال القاضي : هذا يحتمل وجهين / : أحدهما - لا يتقدم بها ، لأنَّها دَيْنُ والتقديم بالدين محال . والثاني - ٢١٤ ش يتقدم ؛ لأن الغرماء ، وإن قدمنا عليهم من ردَّ الجارية ، فذلك في مقابلة ما أدخلناه في حقوقهم ، فإننا ردنا عليهم الجارية ، وكان التقدم في هذه الصورة<sup>(١)</sup> بالقيمة يضاهي تقديم من يعامله بعد الحجر بأثمان المعاملات .

فهذا تمام ما أردنا أن نذكره من دقائق المذهب في أثناء الأسئلة والأجوبة .

٣٨٠٤ - وما نلحظه بقاعدة الفصل أنا إذا ثبّتنا حَقَّ الفسخ للبائع ، فهو على الفور أم على التراخي ؟ فعلى وجهين : أحدهما - أنه على الفور ؛ لأنَّه خيار فسخٍ شرع لدَرْءِ الضرار ، فينبغي أن يكون على الفور ، ك الخيار الرَّد بالعيب والخلف . والثاني - أنه على

(١) (ت ٢) : الصورتين بالقيمتين .

التراخي ؛ لأنه خيار يتضمنه الرجوع في عين سلمها ، وأزال الملك عنها ، فأشباه ذلك حقَّ الرجوع في الهبة .

قال القاضي : لا يمتنع أن يتأتى هذا الخيار بثلاثة أيام ؛ فإنما سنذكر قوله كذلك في خيار المعتقد تحت زوجها القن ، إن شاء الله تعالى .

٣٨٠٥ - وما يتعلّق بتمام الكلام في ذلك أن المشتري لو لم يكن مفلساً ، ولكنه امتنع عن أداء الثمن ، وعسر تحصيله منه ، فهل يثبت للبائع حقَّ الرجوع ؟ فوجهان : أحدهما - يثبت للتعذر . والثاني - لا يثبت ، وهو ظاهر المذهب ؛ لأن حكم الممتنع في الشرع أن يستوفى منه الحقُّ طوعاً أو كرهاً . فإن فرض مارد<sup>(١)</sup> لم يُبنَ الشرع عليه .

٣٨٠٦ - وإن غاب المشتري ، فإن كان للبائع بينة ، وقد ترك المشتري في البلد ما يفي بالثمن ، فلا يرجع في عين المبيع ، وإن لم تكن له بينة ، ولا له مال في البلد . فهذا بمثابة الامتناع الذي حكينا تردد<sup>(٢)</sup> الأصحاب فيه .

ويثبت الرجوع إلى عين المبيع بعد وفاة المشتري ، وفي حال حياته إذا أفلس وضُرب الحجر عليه ، وأثبتت مالك الرجوع [في حال الحياة ، ولم يثبته بعد الوفاة]<sup>(٣)</sup> . وتعرض الشافعي له بالمحاجة بأمورٍ لا حاجة بنا إليها .

(١) (ت ٢) : ما زاد . وهي في الأصل بهذا الضبط (مارد) على خلو نسخة الأصل من النقط والضبط .

والمارد : الطاغية العاتي (معجم . ومصباح) .

وفي الروضة للنووي (٤/١٤٩) : «... نادرًا لا عبرة به » وهذا أشبه بلغة الفقهاء .

(٢) (ت ٢) : حكينا ، وتردد الأصحاب فيه .

(٣) في الأصل ، وفي (ت ٢) : « وأثبت مالك الرجوع بعد الوفاة ، ولم يثبته في حال الحياة » ، والذي سوغر لنا هذا التصويب ، واعتباره سبق قلم من الناسخ أمران :

أ - أن هذا هو المنصوص في كتب المالكية ، مثل : جواهر الإكليل شرح مختصر خليل (٢/٩٤) ، بُلغة السالك لأقرب المسالك (١٢٦/٢) ، وبداية المجتهد (٢١٧/٢) ، والموطأ : كتاب البيوع ، ح ٨٧ . وهو ما حكاه عنهم الشوكاني أيضاً في نيل الأوطار (٣٦٥/٥) .

ب - والأمر الثاني الذي سوغر لنا هذا التصويب ، محاجة الإمام الشافعي للإمام مالك ، التي أشار إليها إمام الحرمين ، فالشافعي يقول : « ويقال لمن قبل الحديث في الحياة دون

٣٨٠٧ - وما نسبته في أصل الكتاب توطئةً للقواعد أن أصحاب الديون الحالة يتضاربون في مال المفلس ، واختلف القول في الديون المؤجلة ، فأحد قولي الشافعي أنها تحل بالحجر ، كما تحل الديون المؤجلة بالموت . والقول الثاني : إنها لا تحل . فإن قضينا بحلولها ، اضطربوا مع المضطربين ، وإن حكمنا بأنها لا تحل ، فالمال العتيد الموجود مصروف إلى أصحاب الديون الحالة ، وأصحاب الديون المؤجلة يؤخرون . ثم إذا حل آجال ديونهم بعد فض المال على الديون الحالة ، لم يملكو أن يرجعوا بشيء مما تضارب أصحاب الديون الحالة .

وسيكون لنا إلى تفصيل القول في حلول الآجال عودة ، إن شاء الله تعالى .

### فصل

قال : « فإن تغيرت السلعة بنقصٍ في بدنها . . . إلى آخره »<sup>(١)</sup> .

٣٨٠٨ - إذا أفلس المشتري ، فالمبيع لا يخلو إما أن يكون تالفاً أو قائماً : فإن كان تالفاً ، لم يثبت للبائع حق فسخ العقد ، وليس له إلا مضاربة الغرماء بمقدار الثمن ، كما / قررناه فيما تقدم .

٢١٥

فاما إن كان قائماً ، فلا يخلو إما أن يكون متغيراً في ذاته ، أو غير متغير . فإن لم يكن متغيراً ، لم يخل إما أن يكون خرج عن ملك المشتري ، ثم عاد إليه ، أو لم يكن خرج عن ملكه . فإن كان خرج عن ملكه ، ثم عاد إليه ، ثم أفلس ، نظر : فإن عاد بهبة ، أو وصية ، أو إرث ، ففي المسألة وجهان : أحدهما - يرجع نظراً إلى قيام

الموت : قد حكم النبي صلى الله عليه وسلم بالشفعية على الحي ، فحكمتم بها على ورثته ، فكيف لم تحكموا في المفلس في موته على ورثته ، كما حكمتم عليه في حياته ؟ » مختصر المزن尼 (٢١٩/٢) .

فاستشهاد إمام الحرمين بكلام الشافعي لهذا في الرد على مالك ، يشهد بأن ما كان في النسختين عكس ما يريده المؤلف ، مما سوّغ لنا هذا التصويب . والله أعلم .

(١) ر . المختصر : (٢١٩/٢ ، ٢٢٠) .

السلعة في ذاتها . والثاني - أنه لا يرجع ؛ فإن حق الفاسخ<sup>(١)</sup> أن ينقض بفسخه الملك الذي استقر<sup>(٢)</sup> منه بالعقد من جهته . والملك الزائل العائد ليس كذلك . ولهذا نظائر ، منها زوال ملك المتهمب وعوده بإحدى هذه الجهات ، فهل<sup>(٣)</sup> للواهب الرجوع ؟ فعلى ما ذكرناه من وجهين .

وإذا زال ملك المرأة عن الصداق ، وعاد قبل الطلاق ، فإذا طلقها زوجها قبل الميسين ، فهل يرجع في نصف عين الصداق ؟ فعلى ما ذكرناه من الخلاف .

وإذا باع عبداً بثوبٍ ، فخرج العبد من ملك المشتري ، ثم عاد إليه ، وقد اطلع صاحبه على عيب بالعرض الذي قبضه ، فله ردُّه ، ولكن هل يرجع بالعبد الذي زال وعاد ؟ فعلى وجهين .

ومسلك الكلام في جميعها واحد .

**٣٨٠٩** - وكل ما ذكرناه فيه إذا كان زال ملك المشتري ، وعاد بتبرع ، أو بجهة لا عوض فيها . فأما إذا زال ملك المشتري بجهة من الجهات ، أية جهة كانت ، ثم عاد إليه ببيع ، ثم أفلس ، فقد تحقق إفلاسه بالثمن الأول في البيع الأول ، وتحقق إفلاسه بالثمن الثاني ، ففي المسألة أوجه : أحدها - أن حق الرجوع للثاني ، وهو القياس ، فيرجع في المبيع إن شاء<sup>(٤)</sup> ؛ لأن تلقي الملك فيه من جهته الآن .

والوجه الثاني - حق الرجوع للأول ؛ لأنه أسبق ، فهو أولى بالتقديم . وهذا يتوجه بالبناء على أن الرجوع يثبت في الملك الذي زال وعاد ، كما ذكرناه ، فكان الملك لم ينزل في حق الأول ، وحقه مستدام فيه .

والوجه الثالث - أنهما يستويان فيه ؛ لأن للأول حق السبق ، وللثاني حق الدنو والقرب ، واطراد الملك من غير تقطع ، وإذا تقابل المعنيان ، أوجب ذلك أن يستويان ،

(١) (ت٢) : التفاسخ .

(٢) (ت٢) : استعيد .

(٣) (ت٢) : «فإن قلنا: للواهب...» .

(٤) في الأصل : «إن شاء الله» ولا محل لها تبريكاً ولا تعليقاً .

فيرجع كلُّ بنصف الجارية<sup>(١)</sup> ويضارب بنصف الثمن .

٣٨١٠ - ثم نفرع فنقول :

إن عفا الأول ، فالحق للثاني وجهاً واحداً ، وإن عفا الثاني ، فهل للأول حق الرجوع ؟ فعلى وجهين مبنيين على أنه لو زال ملكه بهذه ، ثم عاد بمثلها ، أو بإرث ، فهل يثبت للبائع حق الرجوع ؟ فيه الخلاف الذي تقدم .  
هذا كله إذا كان قد خرج عن ملك المشتري وعاد .

٣٨١١ - فإن لم يخرج عن ملكه ، بل اطرد ملكه ، فلا يخلو : إما أن تعلق به حق الغير ، أو لم يتعلق : فإن تعلق به حق الغير ، لم يخل إما أن يكون متعلقاً بعينه ، أو لا بعينه : فإن كان متعلقاً بعينه ، كحق المرتهن ، والمجنى عليه ، والكتابة ، فلا يملك البائع إبطال هذه الحقوق . ولكن لو صبر حتى فك عن الرهن ، وبريء عن الجنائية ، فإنه يرجع الآن . هكذا قال فقهاؤنا .  
وقد ذكرت طرفاً من هذا في أحكام الرد بالغريب .

وأما إذا كان مكتاباً ، فصبر حتى رق المكاتب ، وعجز عن أداء التحوم ، قال بعض أصحابنا : هذا يخرج على الوجهين ؛ لأن الكتابة ألحقته في أحكام الاستقلال ٢١٥ ش بالأحرار ، فيجعل الاتصال بها والعود إلى الرق المطلق ، بمثابة زوال الملك في المبيع وعوده .

هذا إذا كان الحق متعلقاً بالعين .

٣٨١٢ - فأما إذا كان متعلقاً بالمنفعة كالإجارة والتزويع ، فيثبت للبائع حق الرجوع ناجزاً . ولكن المنفعة تبقى مستحقة . أما منافع الإجارة ، فإلى الاستيفاء ، ومنافع الزوج لا تتأتّف ، فهي مستحقة ما دامت الزوجية .

٣٨١٣ - فأما إذا كان المبيع قائماً ، لم يتبدل الملك فيه ، ولم يتعلق فيه حق ، فلا يخلو إما أن يكون على هيئته التي كان عليها ، غير متغير ، لا بزيادة ، ولا بنقصان ،

(١) كذا . وصوابها : « العبد » كما بدأ التمثيل . والأمر قريب .

[وإما أن يكون متغيراً : فإن كان غير متغير ، فإنه يرجع فيه ، كما قدمناه .

وإن كان متغيراً ، لم يخل إما أن يتغير بزيادة أو نقصان<sup>(١)</sup> : فإن تغير بزيادة ، لم تخل [الزيادة]<sup>(٢)</sup> إما أن تكون متصلةً وإما أن تكون منفصلة : فإن كانت متصلة ، رجع البائع فيها مع الزيادة ، ولا مبالغة بالزيادة المتصلة في قواعد الشريعة ، إلا في أصل واحد ، وهو إذا أصدق الرجل امرأته عيناً ، فزادت في يدها زيادة متصلة ، وطلقها الزوج قبل الميسين ، والعين زائدة ، فللمرأة أن تتمسك بعين الصداق ، ويرجع الزوج عليها بنصف القيمة ، ولا فرق بين أن تكون موسرة أو معسورة .

ولو أفلست والعين الزائدة في يدها ، وإذا لم يرجع الزوج ، لم يملك شيئاً إلا المضاربة ، ففي هذه الصورة وجهان : أحدهما - أنه ليس له إلا القيمة ، والمضاربة بها ؛ فإن الزيادة قطعت حقه من العين .

والوجه الثاني - وهو اختيار أبي إسحاق المروزي أنه يرجع إلى نصف العين . وإن زادت لضرورة المضاربة ، والإفلاس إذا كان يسلط على رفع أصل العقد ، فلا يبعد أن يؤثر في قطع حقها من الاختصاص بالصداق لمكان الزيادة . ثم عُسرَ على الأصحاب الفرقُ بين الصداق ، وبين سائر الأصول فيما يتعلق بالزيادة المتصلة .

ولعل المرضيَّ القريبَ أن الجهات التي يثبت فيها استردادُ العين تنقسم : فمنها الفسخ . والفسوخ تستأصل الأسباب من أصولها ، فلا يبقى معها علقة لمن عليه الرجوع ، ومنها ما يهجم على قطع الملك ، كالرجوع [في]<sup>(٣)</sup> الهبة ، فهو في معنى الفسخ ، والزوج بطلاقه ليس فاسحاً ، ولا هاجماً على الرجوع ، وإنما التشطير حكم من الشرع ، لم ينشئه الزوج بسبب يقطع<sup>(٤)</sup> أصلاً كالفسخ ، ولم يتمدد قطع الملك ، فقوى تعلُّقها بعين الصداق .

فإن قيل : ما تقولون فيه إذا زاد الصداق في يدها ، ثم ارتدت قبل الميسين ؟ قلنا :

(١) ما بين المعقفين ساقط من الأصل .

(٢) ساقطة من الأصل .

(٣) في الأصل : بالهبة .

(٤) (ت٢) : يقع .

اختلاف أصحابنا في ذلك : فقال قائلون : المرأة أولى بعين الصداق ، قياساً على تشطير الصداق عند الطلاق . وال الصحيح أن الصداق يرتد إلى الزوج ؛ فإن طريقه الفسخ ، وقد ذكرنا أنَّ الفسخ تستأصل الأسباب والعلاقة .  
هذا في الزوائد المتصلة .

٣٨١٤- فأما الزيادات المفصلة ، كالثمار ، والأولاد ، والألبان ، وما في معانيها ، فهي خالصة للمشتري مصروفةٌ إلى ديون الغرماء . والبائع يرجع في عين المبيع .

هذا كله إذا كان التغير بالزيادة .

٣٨١٥- فأما إذا كان التغير بالنقصان ، لم يخل إما أن يكون نقصان جزء أو نقصان صفة ، فإن كان نقصان جزء ، مثل أن يبيع عبدين ، ويموت أحدهما في يد المشتري ، ويبقى الثاني / وما كان قبض البائع من الثمن شيئاً ؛ فإنه يرجع في الباقى من المبيع ،<sup>٢١٦</sup> ويضارب الغرماء بقسطٍ من الثمن ، وتفصيل التقسيط يأتي في أئناء الكتاب ، إن شاء الله تعالى ؛ فإن هذا الفصل في حكم التراجم ، والمعاقد ، وشرح ما نفصل بين أيدينا .

٣٨١٦- فأما إذا كان النقصان راجعاً إلى الصفة ، فلا يخلو إما أن ينتقص المبيع بأفة ، أو بجنائية جانٍ : فإن انتقص بأفة سماوية مثل : أن سلم إليه [العبد]<sup>(١)</sup> المبيع ، فاعورت عينه في يده ، أو شلت [يده]<sup>(٢)</sup> . فنقول للبائع : المبيع كما ترى ، فإن رضيت به معيماً ، فارجع فيه ، ولا حظ لك في غيره . وإن أردت أن تكون أسوة<sup>(٣)</sup> الغرماء ، فضاربهم بالثمن .

والعيوب السماوي بالمبيع في يد المشتري في حق فسخ البائع بمثابة العيب الحادث في يد البائع بأفة سماوية في حق فسخ المشتري . وقد ذكرنا في أحكام العيوب أن

(١) زيادة من (ت ٢) .

(٢) في الأصل : يد العبد .

(٣) الأسوة : المِثل (معجم) والمعنى أن تكون واحداً من الغرماء ، وتضارب معهم .

المشتري يتخيّر : إن شاء فسخ البيع بالعيّب الحادث في يد البائع ، وإن شاء أجازه بتمام الثمن .

هذا سبيل البائع مع المشتري فيما نحن فيه .

٣٨١٧- ولو حدث النقصُ بجناية ، لم يخل إماً أن يكون الجنائي أجنياً ، وإماً أن يعني المشتري : فإن كان أجنياً ، فلا شك أنه يتلزم الأرش للمشتري . ثم الأصح أنه يتلزم به باعتبار النسبة إلى الجملة ، فجرح العبد من قيمته كجرح الحرّ من ديته ، فإن كان قطع يداً ، أو عور عيناً ، فنصف القيمة واجب على الجنائي .

وإذا آل الأمر إلى البائع<sup>(١)</sup> ، قلنا له<sup>(٢)</sup> : أرش [العيّب]<sup>(٣)</sup> على الجملة محظوظ عنك ؛ فإنّا وجدنا للضمان فيه متعلقاً . فإذا لم يتعطل ذلك العيّب في نفسه ، لم يطّرق البائع أمره مجاناً ، ولكن المعتبر في حق البائع نقصان القيمة ، لا التقدير الشرعي المتعلق بنسبة الأعضاء إلى جملتها . وبيان ذلك أنّ الجنائي التزم للمشتري بقطع يده نصف القيمة ، وكان انتقص<sup>(٤)</sup> ثلث القيمة بالسوق ، فيعتبر في حق البائع نقصان السوق ، فنقول : كأنك ظفرت بثلثي المبيع ، فارجع فيما وجدت ، وضارب الغرماء بثلث الثمن ، ويصير نقصان الصفة في هذه القسمة بمثابة نقصان الجزء .

فإن قيل : هلا اعتبرتم تقدير الشرع في حق البائع ؟ قلنا : الأطراف تقدر في الجنائية ، فأمّا المعاوضات ، فالأعواض تتقطّع على المعاوضات باعتبار القيم ، وأرش الجنائية تقدير الشرع .

ولو التزمنا هذا ، فربما يلقانا محالاً لا سبيل إلى التزامه ؛ فإن الجنائي لو قطع يدي عبد معاً ، فعليه كمال قيمته ، فإذا أفلس مشتري ذلك العبد بالثمن ، لم يمكننا أن نقول : ليس العبد الأقطع موجوداً ، ويستحيل أن ثبت حق الرجوع فيه ، ثم ثبت المطالبة بجملة الثمن ، نظراً إلى ما وجب على الجنائي .

(١) آل استحقاق الأرش إلى البائع .

(٢) قلنا له : أي للمشتري .

(٣) في الأصل : العين .

(٤) ( ت ٢ ) : النقص .

هذا إذا كان العجاني هو الأجنبي .

٣٨١٨- فاما إذا جنى المشتري على العبد ، فالصحيح أن المشتري كالأجنبي في حكم العجانية ، وتفاصيل الرجوع . وقد مضى ذلك مبيناً الآن .

ومن أصحابنا من قال : حكم جنائية المشتري حكم جنائية البائع على المبيع قبل القبض ، حتى نقول في قول : إنها كجنائية أجنبية ، وقد مضى . وفي قولِ نجعل أثر جنائيته كافية سماوية .

والجملة في ذلك أن المشتري والمبيعُ في يده كالبائع في المبيع قبل القبض .  
فهذا مجتمع القول في التغایر التي تلحق المبيع حكماً وحقيقة .

٣٨١٩- فَرَّجٌ : إذا اشتري حنطة / فبئها بذرأ ، فنبت الزرع وأحصد ، ثم أفلس ش٢١٦  
المشتري ، فالحنطة الحاصلة من زرع ذلك البذر [لمن]<sup>(١)</sup> ؟ اختلف أصحابنا فيها :  
فمنهم من قال : نجعلها مبيعة ، ونقدر كثرتها زيادة متصلة ، كالعبد يشتريه طفلاً ، ثم  
يشب ويترعرع ، والفسيل يشتريه ويغرسه ، ثم يصير أشجاراً ، فيثبت للبائع الرجوع  
إذا ، ولا حكم لتلك الكثرة .

ومن أصحابنا من لا يجعل الحبَّ الحاصل من الزرع بمثابة مبيع زائد ، ولتكن  
نجعلها أعيناً مستفادة في ذواتها ، وليس للمشتري إلا المضاربة . ووجه ذلك أن البذر  
يعفن<sup>(٢)</sup> تحت التراب ، ثم ينشأ الزرع منه بعد مصيره إلى حالة العفن . وفي هذه  
الحالة لا يُعدُّ فيها مالاً . ثم الزرع نشاءُ جديداً .

ومن هذا ما لو اشتري بيضة ، وأحضرها دجاجة ، فتفقدت عن فرخ : من أصحابنا  
من جعل الفرخ مبيعاً ، وقدر ما لحقه من تغایر الخلقة بمثابة الزيادة المتصلة .

ومنهم من لم يقدر مبيعاً ، ولم يثبت للبائع حقَّ الرجوع .

ومن هذا القبيل ما لو اشتري عصيراً ، فانقلب خمراً في يد المشتري ، ثم انقلبت  
الخمر خلاً ، فالخل هل يكون مبيعاً أم لا ؟ فيه التردد الذي ذكرناه . ولا خلاف أن

(١) مزيدة من المحقق .

(٢) يعفن من باب تعب .

الزرع مُلِكٌ من البذر مِلِكٌهُ ، وكذلك القول في الفرخ والخل .

و سنذكر هذه المسائل في موقعها في كتاب الغصوب ، إن شاء الله تعالى .

٣٨٢٠ - وكذلك لو اشتريَّ رجل أرضاً مزروعة وكان الزرع بقلاً ، لم يُسْنِبْ بعدُ ، فإذا ظهرت السنابل ، ثم أفركت ، وديست ، فهل نجعل الحب مبيعاً؟ ذكر العراقيون وجهين وبنؤهما على المسائل التي تقدمت ، ورأوا جعلَ الحب مبيعاً - وقد كان المشترى زرعاً - أولى؛ من جهة أن الزرع يشمل الأخضر والمسنبل ، فالسنبلة تعد من الزرع ، فهي بالاندراج تحت ما كان مبيعاً أولى من الفرخ ، بالإضافة إلى البيض ؛ فإنهم متباهيان صفةً واسمًا .

٣٨٢١ - وحاصل القول في ذلك أن التغيير التي لا تنتهي إلى قلب الجنس ، وتغيير الاسم لا حكم لها ، ويبقى ما كان مبيعاً على حكمه ، حتى يثبت للبائع الرجوع .  
ثم إن كان التغيير إلى زيادة متصلة ، فهي للبائع إذا أراد الرجوع .

وما تغير إلى نقصان فلا حكم له عند قصد الرجوع ، والبائع على خيرته إن شاء ضارب بالثمن ، وإن شاء قفع بالمبيع الناقص .

وكل تغيير يتنهي إلى قلب الجنس والاسم ، ولكن المتغير مترب على ما كان مبيعاً ، كالزرع والبذر ، والفرخ والبيض ، فقيه الخلاف . وما يغير الجنس ويبقى استعمال الاسم معه ، فقيه خلافٌ قريب .

٣٨٢٢ - وزوائد الأصول إذا انفصلت ، وإن حصلت من أصولها ، فهي منقطعة عنها ؛ فإن الأصول قائمة على صفاتها ، وقد تجدد منها ما تجدد . وليس كالبذر ينقلب زرعاً ؛ فإنه في نفسه ما يبقى على ما كان عليه . نعم ، الملك يتنظم الأصل والزيادة ؛ فإننا لا نجد للزيادة مصرفًا أولى من مالك الأصل . فإن قدرناها جزءاً من الأصل ، فلا كلام ، وإن لم نفصل<sup>(١)</sup> ، وهو الرأي ، فالوجه أن نجعلها كصيود تتعقل<sup>(٢)</sup> بشبكات متهيئة لها . وما ذكرته أصدق شاهدٍ في أن الزوائد المنفصلة ليست من عين الأصول ؛

(١) كذا في النسختين . ولعلها : وإن لم (نفعل) .

(٢) (ت ٢) تتعلق . وفي هامشها : « تتعقل » وإشارة أنها من نسخة أخرى .

إذ لو كانت من أعيانها ، ل كانت كالحب الكبير ينبع منها البذر اليسير ، وكان يدرج في قياس المسائل التي نظمناها .

### فِصَنْدِلٌ

قال : « ولو باع نخلاً فيه ثمر أو طلع قد أبْرَ ، فاستثناء المشتري ... إلى آخره »<sup>(١)</sup> .

**٣٨٢٣** - قوله فاستثناء المشتري لنفسه / معناه فاشترطها لنفسه ، وهذا اللفظ يطلق في غالب الأمر في استثناء شيء من جملة ، فاستعملها للمشتري<sup>(٢)</sup> في معنى الاشتراط . والمسألة مصورة فيه ، إذا باع نخلاً ، عليها ثمار ظاهرة مؤيرة ، وأدخل الشمار في البيع ، ثم قبض المشتري الشجر والثمر ، واستهلك الثمرة ، وأفلس بالثمن كله ، فالبائع يرجع في الشجر ، ولا يكتفي بها ؛ فإنها بعض المبيع ، بل يضارب بقسط من الثمن يقابل الثمرة الفائمة .

هذا الأصل ثابت لا شك فيه .

ولكن لا يمكن الوصول إلى ما يرجع به من الثمن<sup>(٣)</sup> إلا بمعرفة قيمة الشمار ، وقيمة الأشجار ، ثم إذا بانت القيمتان ، قدر<sup>(٤)</sup> توزيع الثمن على المبلغين ، فما يقابل الثمر ، ضارب به ، وما يقابل الشجر ، يكتفي فيه بالشجر ، إن أراد الرجوع فيها ؛ فيأخذ الشجر بقسطها ، ويضارب الغرماء بقسط الثمرة من الثمن .

**٣٨٢٤** - والكلام وراء هذا في أن قيمة الثمرة متى تعتبر ، وكذا قيمة الشجر ، ولا يلقى الناظر في الكتاب أمراً أولى بإنعام النظر فيه من هذا ، فهو عمدة الكتاب وسرّ الباب .

(١) ر . المختصر : ( ٢٢٠ / ٢ ) .

(٢) ( ت ٢ ) : للشافعي .

(٣) ( ت ٢ ) : الثمر .

(٤) يقال : قدر الشيء بالشيء : قاسه به وجعله على مقداره ( المعجم ) فالمعنى : قاس توزيع الثمن على الثمر والشجر ، وأبان مبلغ كل واحد منهما .

٣٨٢٥ - قال الشافعي فيما نقله المزني : تعتبر قيمة الثمرة بيوم القبض ، لا بيوم العقد ، ولا بيوم الجائحة<sup>(١)</sup> . هنالك ما نقله . ونحن نستوعب ما يتعلق بالثمرة ، ثم نذكر ما يتعلق بالشجر .

أما القول في الثمرة ، فقد ذهب المحققون إلى مخالفة النص المنقول ، وقالوا : نعتبر أقلَّ القيمتين من يوم العقد والقبض . فإن كانت قيمته يوم العقد أكثرَ ، وقيمة يوم القبض أقلَّ ، فالمشتري يقول : لا تتحسب على زبادة كانت في يد البائع ، وإنما دخلت الثمرة في ضماني يوم قبضتها . فليس للبائع أن يعتبر زيادةً قبل ضمان المشتري . وإن كانت قيمته يوم العقد أقلَّ ، وقيمة يوم القبض أكثرَ ، فالمشتري يقول : ما كان من زيادة بعد العقد ، فهي لي وحدثت على ملكي ، فليس للبائع أن يعتبرها في تقويم الثمن على . ولا شك أن قيمة الثمرة إذا كثرت ، كثُر ما يرجع به من الثمن ، فإذاً للمشتري أن يقول : لا تتحسب على زبادة ، إن حسبتها ، زاد مقدارٌ ما ترجع به ، والزيادة ثبتت ملکاً لي .

٣٨٢٦ - فإن قيل : الزيادة المتصلة ينبغي ألا تفرد بالاعتبار ؟ فإنها كانت تكون للبائع لو بقيت الثمار ، فالرجوع بحصتها من الثمن يجب أن<sup>(٢)</sup> يكون باعتبار زبادتها معها . قلنا : هنالك غير سديد ؛ فإنَّا لا ننكر أن الزيادة المتصلة حصلت للمشتري في ملْكِه ، ولكن إذا كانت العين قائمةً ، ومست الحاجة إلى ردِّها ، تبع الزيادة الأصل ضرورةً ، [وإذا فاتت العين بعدما طرأَت عليها زيادةً متصلة في ملك المشتري ، فأي ضرورة]<sup>(٣)</sup> تحوّج إلى عد<sup>(٤)</sup> تلك الزيادة الحادثة في ملك المشتري في حق البائع ، حتى

(١) هنالك معنى كلام الشافعي ، وليس لفظه ، بل ليس في كلام الشافعي ذكر للعقد ، قال : «لو أكل الشمر ، أو أصابته جائحة ، ثم أفلس أو مات ، فإنه يأخذ عن ماله - أي الشجر - ويكون أسوة الغرماء في حصة الشمر يوم قبضه ، لا يوم أكله ، ولا يوم أصابته الجائحة » . (المختصر : ٢٢٠ / ٢) .

(٢) (ت ٢) : ألا يكون .

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل .

(٤) (ت ٢) : « ردًّا » .

تكثر في التقويم ، ليكثر ما يرجع به .

فيتأمل الفطن أول هذا الكلام ؛ فإنه منشأ غائلة الفصل ، فقد حصل من وفاق المحققين أنا نعتبر أقل القيمتين للثمرة في يومي العقد والقبض .

٣٨٢٧- وحكي صاحب التقريب قوله مرسلا من بعض الأصحاب : أن اعتبار بقىمة يوم القبض ، ويزعم هذا القائل : أن القول مأخوذ من النص الذي نقله المزنى . فإن كانت قيمة يوم القبض أقلَّ ، فلا شك في اعتبارها ، وإن كانت أكثرَ ، فكأن هذا القائل يعتبر تلك القيمة ؛ مصيرًا منه إلى تقويم الزيادة المتصلة للبائع ، بناء على أنها لو كانت باقية ، لكان البائع يأخذها بزيادتها .

وهذا وهم عظيم ؛ من جهة أن البائع ليس يرجع عند تلفها إلى قيمتها ، وإنما يرجع إلى قسطٍ من الثمن باعتبار<sup>(١)</sup> قيمتها ، والقسط من الثمن إذا ثبت ، فهو في مأخذ الأحكام على مضادة الرجوع في / العين ، فنعتبر والحالة هذه بقسطٍ لا يحسب فيه حُ<sup>٢١٧</sup> ش المشتري عليه [للبائع]<sup>(٢)</sup> .

هذا أقصى الإمكان في التعبير عن هذا الغرض . والفطن يتدره ، والبليد لا يزداد في هذا المقام بزيادة البيان إلا خطأ<sup>(٣)</sup> .

ولا عود إلى ما ذكره صاحب التقريب ؛ فإنه ساقط غير معتمد به .

٣٨٢٨- هذا قولنا في القيمة التي نعتبرها للثمرة ، وهذه القيمة لا تستقل بإفاده غرضها دون الإحاطة بقيمة الشجر ، وقد اضطررت المحصلون في قيمة الشجر ، ونحن نأتي بما قالوه ، ونضبط حاصلَ الفصل عند نجازه بما يبيّن مسلكَ كلَّ فريق .

(١) قال الرافعي : « وسبيل التوزيع ، أن تُقوم الأشجار ، وعليها الثمار ، فيقال : قيمتها مائة . وتُقْوَمُ وحدها ، فيقال : قيمتها تسعون ، فيضارب بعشر الثمن » (الشرح الكبير بهامش المجموع : ٣٥٨/١٠) ومعنى ذلك ، كما هو واضح ، أن يرجع البائع بالأشجار ، فهي ما زالت قائمة ، ثم يضارب بعشر الثمن في مقابلة الثمار التي تلفت ، سواء كان عشر الثمن أقلَّ ، أو أكثر من قيمتها . وانظر أيضًا : روضة الطالبين : (٤/١٦٥ ، ١٦٦) .

(٢) في الأصل بهذا الرسم : « الماء » بدون نقط .

(٣) خطأ : فساداً ، وقد تكون خطأ (بالخاء) أي عمادية .

٣٨٢٩- قال بعض الأثبات من أصحاب القفال : نعتبر في الشجر أكثر قيمة ، من يومي العقد والقبض . وهذا وإن كان في الظاهر يخالف ما ذكرناه في قيمة الشمرة ، فهو موافق له في المقصود ؛ فإن قيمة الشجر إذا كثرت ، قلَّ ما يرجع به البائع من الشمر . وقيمة الشمر إذا قلت ، قلَّ ما يرجع به البائع من الشمر ، فإن الشجرة يأخذها البائع بقسطه ، فإذا كثر ، قل ما يبقى . وهذا الذي ذكرناه ضبط من طريق اللفظ ، والتحقيق وراءه .

٣٨٣٠- وذهب القاضي إلى مسلكٍ آخر ، فقال : إن كانت قيمة الشجر يوم العقد أقلَّ ، وكانت يوم القبض أكثر ، فالاعتبار بقيمة يوم العقد . واحتج عليه بأن قال : إذا كان البائع يأخذ الشجر ، فالزيادة المتصلة مأخوذة له ، فلا تحسب عليه ، وكأنما نتبين بالأخرة أنها زادت له ، فليقع الاختصار على قيمة العقد . وليس ما نحن فيه بمثابة الشمرة ؛ فإن الشمرة فائتةٌ ، فليست زيادتها منقلبة إلى البائع ، ولنست مضمونةً له ضمان قيمة . وقد حدثت للمشتري وهلكت له ، فلا تدخل في حساب التوزيع . فأما زيادة الشجرة ؛ فإنها منقلبة إلى البائع ، فلا تحسب عليه في حساب التوزيع .

وللائل الأول أن يقول : حدوث هذه الزيادة على ملك المشتري لا شك فيه ، فإننا نردها على البائع ، وما حدثت في ملكه ، فالذي يقتضيه الإنصافُ أن نقول : قدر هذه الزيادة أنها للبائع ؛ لأنها كانت حالة العقد ، وإذا قرن بها لأنها متصلة بالمبيع ، فاعتبرها في قيمة المبيع ، وليس من الإنصاف أن تفوز بها ، وما حدثت في ملكه ، ولا تحسبها من المبيع .

هذا بيان المسلكين وهما متوجهان .

٣٨٣١- وكأنَّ الكلام في الزيادة المتصلة في غرضنا يتعلق بثلاث مراتب : إحداها - أن البائع إذا كان يرجع في المبيع الزائد زيادة متصلة ، ولا حاجة إلى تقدير توزيع ، فإن المبيع بجملته باقٍ ، فإذا كان كذلك ، فلا نظر إلى الزيادة وهي تقلب إلى البائع تبعاً للأصل .

[المربطة الثانية]<sup>(١)</sup> - إن زاد شيء من المبيع وتلف ، واحتجنا إلى تقويم ذلك التالف

(١) زيادة من المحقق أخذنا من تقسيم المؤلف نفسه .

المرجوع بقسط من الثمن يقابلها ، فلا تعتبر الزيادة المتصلة بالحادثة في ملك المشتري بعد العقد ؛ فإن تلك الزيادة ليست تردد إلى البائع ولا قيمتها ، فأخرجنا اعتبارها من البيّن ، حتى كأنها زيادة متصلة غير معتمدة بها .

**المرتبة الثالثة** - في زيادة تردد مع أصلها إلى البائع ، ولكن تخلف الحكم في شيء لا يرجع إلى البائع باختلافها ، فهل تعتبر تلك الزيادة بمقدار من الثمن يتعلق بغير العين التي رجع فيها أم لا تعتبرها ، كزيادة الأشجار المتنقلة/ إلى البائع ؟ إن اعتبرناها ، قل ٢١٨ عن القاضي وغيره .

وإذا تمهد أصل الفصل ، نهذبه الآن بالصور ، ثم ننطئ على الأصل ، ونرم<sup>(١)</sup> ما نراه على إشكال في أطراف المسألة .

**٣٨٣٢**- فنصور كأن قيمة الشجرة كانت مائة ، وقيمة الشمرة كانت خمسين ، فإذا لم تفرض زيادة ولا نقصان في الشجر والثمر ، وقد فاتت الشمر ، فيرجع البائع في الشجر ويأخذها بثلثي الثمن ، ويضارب بثلث الثمن في مقابلة الشمر .

ولو لم تختلف قيمة الشجر ، واحتلت قيمة الشمر ، فكانت يوم العقد تساوي خمسين ، وصارت تساوي يوم القبض خمساً وعشرين ، فالاعتبار بقيمة يوم القبض ؛ فإنها أقل ، وقيمة الشجر لم تختلف ، فيأخذ البائع الشجر على نسبة الأخماس بأربعة أخماس ، ويضارب الغرماء بخمس الثمن في مقابلة الشمر .

ولو كانت قيمة الشمر يوم العقد خمسين ، فصارت يوم القبض تساوي مائة ، فلا اعتبار بالزيادة ؛ والتوزيع على نسبة الثالث والثلثين ، كما تقدم هنا في تغيير الشمر وبقاء الشجر .

**٣٨٣٣**- فأما إذا تغيرت قيمة الشجر<sup>(٢)</sup> ، فنصور الشجر حالة العقد بحيث تساوي

(١) نرم : نصلح (معجم) .

(٢) كذا يعبر عن الشجرة بـ (الشجر) مع أن التصوير للمسألة والسياق يؤكّد أن الكلام في (الشجرة) واحدة (الشجر) .

(٣) أي : القيمة .

مائة، وكانت حالة القبض تساوي مائة وخمسين ، وقيمة الشمرة كانت خمسين ، وبقيت كذلك . أما من اعتبر في الشجر أكثر قيمة ، فيحسب زيادة القيمة على البائع إذا رجع ، ويقول : الشجر مائة وخمسون والثمر خمسون ، فيرجع البائع في الشجر بثلاثة أرباع الثمن ، ويضارب الغرماء بربع الثمن في مقابلة الشمر .

والقاضي يقول : تلك الزيادة يفوز بها البائع غير محسوبة عليه ؛ فإنها زيادة متصلة فيأخذ [الشجر]<sup>(١)</sup> إذاً بثلثي الثمن ، ويضارب بثلث الثمن .

ولو كانت الشجر تساوي مائة ، فصارت يوم القبض تساوي مائتين . أما الأول ، يقول : يأخذ البائع الشجر بأربعة أحمراس الثمن ويضارب في مقابلة الشمر بخمس الثمن . والقاضي لا يحسب الزيادة على البائع ويقول : الحساب من المائة التي كانت قيمة الشجر .

هذا بيان المذهب بالصور . ثم ننطعف الآن على أمور قد تزل عن فهم الناظر فنقول :

٣٨٣٤- القاضي لم يحسب الزيادة في الشجر على البائع ، ولكنه قال : لو كانت الشجر تساوي مائة حالة العقد ، ثم نقصت ، فصارت تساوي خمسين ، فالنقصان محسوب على البائع ؛ فإنه حدث من ضمانه .

إذا كانت الشجر تساوي يوم العقد مائة ، فصارت تساوي يوم القبض خمسين ، فيأخذها البائع بحساب المائة وهي الثالثان ، ويضارب بالثالث . أما القاضي فيقول : النقصان محسوب على البائع .

وأما من اعتبر الأكثر من قيمة الشجر ، فأكثر القيمتين المائة ، فيتفق المسلكان لا محالة ، وإنما يختلفان في العلة .

٣٨٣٥- وما يتعلّق بأطراف المسألة ، أنا قلنا في الشمرة : يعتبر فيها أقل قيمتي العقد والقبض ، ولم نتعرض لما بينهما .

وهذا مما يخطر للفقيه ، فنفصله ، ونقول :

(١) في الأصل : الحوادث .

إذا كان قيمة الشمرة خمسين يوم العقد ، فرجعت إلى خمس وعشرين في يد البائع ، ثم عادت إلى خمسين ، فما حكم ذلك النقصان إذا تخلل وزال ؟ قلنا :

٣٨٣٦- نجدد العهد بأصل قدمناه في أحكام العيوب من باب الخراج بالضمان . وذلك أن من اشتري عبداً وبضمه ، وعاب في يده عيباً حادثاً ، واطلع على / عيب قديم ش ٢١٨ به ، فالعيوب الحادث يمنع الرد بالعيوب القديم ، ولو زال ذلك العيب الحادث ، فهل يمكن المشتري من الرد بالعيوب القديم ؟ فيه تردد للأصحاب معروفة .

ولو عاب المبيع في يد البائع ، فيثبت للمشتري حق الرد به ، ولو زال ذلك العيب ، وعاد المبيع كما كان ، فظاهر المذهب أنه يزول حق رد المشتري ، وفيه خلاف أيضاً .

إذا تجدد العهد بما ذكرناه ، فنقول :

٣٨٣٧- لو عاب المبيع قبل القبض ، وصار ناقص القيمة بسبب العيب ، ثم طرأ زنادرة خلقيّة ، ردت قيمة المبيع إلى ما كان ، وذلك [العيوب]<sup>(١)</sup> باقي ثبت<sup>(٢)</sup> حق الرد للمشتري .

وكذلك لو نقصت القيمة بالعيوب ، ثم صار المبيع يشتري بالقيمة التامة لارتفاع سعر السوق ، فهذا الزيادة لا حكم لها ، والرد ثابت .

إذا ثبتت هذه المقدمات ، عدنا إلى غرضنا ، فنقول :

٣٨٣٨- إذا طرأ نقصان على المبيع بالسوق ، ثم زاد ، وعاد إلى ما كان عليه ، فلا حكم لذلك النقصان المتخلل ، فإنما مع تشديد الشرع على الغاصب ، لا نؤاخذه بما يطأ من نقصان السوق ، فما الظن بالبائع . وإن طرأ على الشجر في مسألتنا نقصان من جهة الآفة ، ونقصت القيمة بها ، ثم ارتفع السوق ، وعادت القيمة بسبب السعر إلى ما كان ، فالذي أراه في هذه الصورة اعتبار قيمة يوم العيب . وإن كان ذلك اليوم بعد العقد وقبل القبض ، فإن النقصان قد تحقق من ضمان البائع ، وما كان من ارتفاع بعد هذا ، فهو في حق المشتري وملكه ، فلا يُنجزبه بما وقع من النقصان .

(١) في الأصل: «المبيع» والمثبت من (٢٤) .

(٢) جواب (لو) أي: «لو عاب المبيع... يثبت حق الرد للمشتري» .

وإن نقصت الثمار بآفة وبقي النقص ، وللُّكْن حصلت زيادة خلقية من جهة أخرى ، فالذِي أراه أن تلك الزيادة لا تعتبر ؛ فإن العيب قائم ، ولا جبران على هذا الوجه . فاما إذا طرأ النقصان بعيوب ، ثم زال بزوال ذلك العيب ، فهذا يخرج على ما ذكرناه في مقدمة هذا ، والظاهر أن هذا إذا جرى في يد البائع ، فإذا زال ، سقط حكمه .

هذا متنهى النظر في هذا .

٣٨٣٩- وما يتعلُّق بأطرافِ المسألة أن الثمرة لو نقصت في يد المشتري بعد القبض ، فكانت تساوي يوم العقد خمسين ، ويوم القبض خمسين ، فنقصت وصارت تساوي ثلاثين ، ثم فاتت الثمرة ، وحل وقت التوزيع عند الإفلاس ، فنقول : ذلك النقصان محسوب على المشتري ؛ فإنه حدث في يده ؛ فمحاسب عليه . وإن كنا نقول : لو بقيت معيبة ، لم يكن للبائع - إن أراد الرجوع - إلا الرضا بها على عيوبها ، وللُّكْن لا ننظر إلى هذا إذا كنا نعتبر قيمة الثمار لأجل التوزيع ؛ فإن رضا البائع بعيوب الثمرة لو بقيت في حكم الضرورة ، إذا كان يرجع إلى العين ، فالنقصان في يد المشتري محسوب عليه في مقام التوزيع ، كما أن النقصان في يد البائع محسوب على البائع .

٣٨٤٠- ومن تمام البيان في هذا أن من اعتبر أكثر القيمتين في الشجرة إذا فرعنا على أصله ، وقلنا : قيمة الشجرة يوم العقد مائة ، ويوم القبض مائة وخمسون ، ويوم رجوع البائع مائتان ، فالوجه القطع باعتبار المائتين ؛ فإنه يومئذ يأخذ ، فيقع الحساب ٢١٩ وقت قبضه ، فإذاً ذاك نقول : يأخذ ما يأخذ بكم ؟ / وعلى هذا المذهب لو كان يوم القبض مائة وخمسين ، ويوم العقد مائة ، ويوم أخذ البائع مائة ، فيعتبر يوم أخذه ؛ فإن ما طرأ من زيادة ثم زال ليس هو ثابتًا يوم العقد ، حتى نقول : إنه وقت مقابلة الثمن والمثمن ، وليس وقتَ أخذ البائع حتى يحسب عليه ، فلا وجه إلا ما ذكرناه .

وهذا متنهى الفكر [لم<sup>(١)</sup>] نغادر منه للناظر مثار إشكال ، إن شاء الله تعالى .

٣٨٤١- وذكر الأصحاب صورةً تداني ما مهدناه ، وهي أن الرجل إذا باع عبدين ،

(١) في الأصل : ثم .

قيمة أحدهما ألفٌ ، وقيمة الثاني خمسمائة ، باعهما بألف ، فإن أقبضهما من غير تغيير ، استحق الألف ، وإن أقبض الذي قيمته خمسمائة ، فتلف الآخر في يد البائع ، استحق البائع ثلث الألف ، وسقط الثلثان ؛ لأن المبيع تلف ثلاثة . ولو انحطَّ الذي قيمته الألف إلى خمسمائة ، ثم تلف في يد البائع ، وأقبض الذي قيمته خمسمائة ، يستحق أيضاً ثلث الألف كما بقيت لو بقيت قيمته ألفاً ؛ فإن النقصان محسوب على البائع .

ولو أنه أقْبضَهُ الذي كانت قيمته ألفاً بعد أن تراجع إلى خمسمائة ، ثم تلف الثاني في يده ، استحق نصف الثمن لأنه يوم القبض كان نصف المبيع .  
وهذا يبيّن لمن تمهد عنده ما قدمناه من الأصول .

### ٣٨٤٢- ثم قال الشافعي : « وكذلك الزرع خرج أو لم يخرج » .

منهم من قال : أراد به تسربل الزرع ، أو لم يتسبَّل ، وصورة المسألة أنه باع أرضاً مزروعة ، فيرجع فيها مع الزرع ، وإن كان تسربل الزرع في ملك المشتري . وهذا يدل على أحد الوجهين المذكورين في فرع البذر والزرع ، والبيضة والفرخ .

ومن أصحابنا من قال : « قوله : خرج أو لم يخرج » معناه نبت أو لم ينْبُت .  
وصورة المسألة عند هذا القائل أنه باع أرضاً مبذورة ، فأنبَتَتْ ، ثم فرضنا الرجوع بعد الفَلَس . وهذا التأويل يخرج على أصلين : أحدهما - صحة بيع الأرض المبذورة ، وفيها قولان ، تقدم ذكرهما . والثاني - في البذر إذا نبت ، وقد ذكرنا الخلاف في ذلك في فرع البذر والزرع ، والبيض والفرخ .

### فصلٌ ثالثٌ

قال : « ولو باعه حائطاً لا ثمرة فيه ، أو أرضاً لا زرع فيها . . . إلى آخره »<sup>(١)</sup> .

٣٨٤٣- إذا باعه حائطاً لا ثمر على أشجاره ، فأتمرت في يد المشتري وأبرت

(١) ر . المختصر : ( ٢٢٠ / ٢ ) .

الثمار . أو باع أرضاً لا زرع فيها ، فزرعها المشتري ، ثم أفلس ، فالبائع يرجع في الحائط والأرض ، ولا حق له في الثمر [والزرع]<sup>(١)</sup> وعليه أن يُبقي الثمار إلى أوان الجداد ، والزرع إلى وقت الحصاد ؛ لأن الزراعة كانت بحق ، وكذلك إمساك النخيل الذي جرى فيه بدو الثمار كان بحق ، فلزم تقرير الزرع والثمار . والغاصب إذا زرع ، قلع زرعه لاعتدائِه في ابتداء الزرع .

ثم البائع إذا أُلزمَناه تقرير الزرع ، والثمر ، فليس له أن يطلب أجراً . أما الأشجار فلا أجراً لها أصلاً ، وأما الأرض ، فقد صادفت الزراعة فيها ملك المشتري ، وقد دخل في العقد على أن المنفعة لا تكون مضمونة عليه ؛ فإن منافع المبيع لا تكون مضمونة بعقد البيع ، فلم تلزم الأجرا .

٣٨٤٤- ولو أكرى أرضاً ، فزرعها المكتري ، وفُلس المكتري ، فالمكري يرجع فيما بقي من مدة الإجارة ، ونجعله في المنافع الباقية كالبائع يجد عين ماله ، ثم / إذا فسخ الإجارة في بقية المدة ، فلا يقلع زرع المكتري المفلس ، ولكنه يغرمه أجراً المثل للمرة التي يبقى الزرع فيها ، والفرق بين المشتري والمكتري أن المشتري لم يدخل في العقد على أن يضمن المنافع ، والمكتري دخل في العقد<sup>(٢)</sup> على أن يضمن المنافع ، وإذا انقطعت الإجارة ، ضمن أجراً المثل لمدة الزرع . وما ذكرناه أن البائع [والكري]<sup>(٣)</sup> لا يملكان القلع ، عنينا به أنهما لا يملكان القلع لحق فسخ العقد ، لما ذكرناه .

٣٨٤٥- ولكن وراء ذلك نظر في القلع والتبيبة إلى الإدراك .

فإن رضي المفلس والغرماء بالتبيبة إلى الإدراك ، بقينا ، وإن رضوا بالقلع ، قلنا ، وإن قال المفلس : يبقى إلى أن يدرك ، ويحصل منه وفاء الديون ، أو مقدار صالح . وقال الغراماء : يقلع ويباع بما يشتري ، ولا نرضى بتأخير حقوقنا ، بل نتعجل

(١) في الأصل : والأرض .

(٢) (ت٢) : الإجارة .

(٣) في الأصل : المكتري .

من حقوقنا ما نقدر عليه ، فالغرماء يجانون إلى ما يبغون لما ذكروه .

ولو قال الغرماء : يبقى إلى أن يدرك ، فقال المفلس : بل أقلع وأتعجل إنفاق مالي في الديون ، حتى ينفك عني الحجر ، فللمفلس ذلك .

وبالجملة كل من يدعو إلى التعجيل من المفلس والغرماء ، فهو مجاهد إلى ما يطلبه .

وهذا الذي ذكرناه فيه إذا كان للمقلوع قيمة ، وإن قلت . فأما إذا لم تكن له قيمة أصلا ، فلا يجاحب من يطلب القلع ؛ من جهة أن ما يبغيه يؤدي إلى إبطال المالية ، وتضييع الملك بالكلية . وقد نهينا عن إضاعة المال .

٣٨٤٦ - ولو قال بعض الغرماء : نقلع ، وقال المفلس ، وبباقي الغرماء : نُبقي ، فلا بد من اتباع رأي من يطلب القلع . ولكن قال القاضي : إذا طلب واحد القلع ، قلعننا الجميع ؛ فإننا لا ندرى كم نقلع بحصة المستدعى ، فإذا لم يمكننا أن نقدر شيئاً ، فلا بد من قلع الجميع .

وهذا فيه نظر عندي ؛ فإن الزرع قد يبلغ مبلغاً عظيماً ، وأعداد الغرماء قد يكون مائةً فصاعداً ، فكيف يحسن أن نقلع جميع الزرع بسبب دين درهم لرجل واحد ؟ ونعطي مائة ألف لمائة نفس ؟ وليس من الرأي أن ترك<sup>(١)</sup> أصلاً ظاهراً لا سبيل إلى تقدير مثله ، بسبب جهالة نستشعرها ، فلا وجه لإبطال حقوق كثيرة ، بسبب تعنت من ذي حق حقير .

فإن قيل : كم تقلعون لحق من يستدعي ؟ قلنا : إذا كان حقه عشرة ، لم يخف علينا أن مقدار الخمس لا يقلع بسببه ، ونحن نستيقن استيفاء العشر إذا زدنا عليه قليلاً ، فلم نجده إلى استيعاب الزرع بالقلع . فإن كان من<sup>(٢)</sup> نظر ، ففي المقدار الذي يتمارى فيه . ثم يتوجهاحتمال في القلع إلى درك اليقين أو في الاكتفاء بما نخزّر ونخمن . ويجوز أن يخطر لدى نظر أنا لا نقلع ما نشك فيه مراعاة لحق الغرماء [ الآخرين]<sup>(٣)</sup> ؛ فيعود التردد

(١) في (ت ٢) : «نزل» .

(٢) (ت ٢) : ثم .

(٣) في الأصل : الآخرون .

إلى محل الإشكال ، وفيه احتمال من الجهة التي ذكرتها ، فاما استيعاب الزرع بالقلع فلست أرى له وجهاً .

٣٨٤٧ - ولو قال الغرماء : نصبر ، وقال المفلس : نعجل ونقلع ؟ قد ذكرنا أن المفلس يجاب إلى القلع ، فلو قال الغرماء : نبذل مؤنة الزرع من عند أنفسنا ، ونسقي ي ٢٢٠ ونتعهد إلى الإدراك ، ولا نقلع ، فقد ذكر صاحب التقريب وجهين في ذلك : أحدهما - أنه يمنع من القلع إذا كان كذلك ؛ فإنه لا غرض للمفلس . وقلعه وهو مكفي المؤونة تعتن .

وهذا ضعيف ؛ فإنه يقول : غرضي أن يتبعجل انفكاك الحجر عنِّي ، وليس على توفير حقوق الغرماء . وهذا لا يدرؤه قيامُ الغرماء بالمؤنة .

فإن قيل : لو قال الغرماء : لا نقلع ، ونحن نفك الحجر عنك ، فهذا كلام عريٌ عن التحصيل ؛ فإنه لو انفك الحجر عنه ، كان له القلع بعلة انطلاق الحجر . وإن استمر الحجر ، كان له القلع باستعجال انفكاك الحجر ، فلا حاصل إذاً لما قاله الغرماء .

٣٨٤٨ - والذي نستتم به بيان الفصل أنه لو اجتمعت عليه ديون ، وكانت أصناف<sup>(١)</sup> من الأموال ، وعلمنا أنه لا يتجزَّ بيعها إلا في مدة شهرٍ مثلاً ، وكان الزرع يدرك في هذه المدة ، فالذى أراه أنه لا يقلع الزرع ، وإن استدعاء المفلس ؛ من جهة أنه لا يستفيد بقلعه انفكاك الحجر عنه ، والحجر سيتمامد إلى متنه مدة إدراك الزرع ، ومال المحجور عليه في حكم المتعين لحقوق الغرماء ، فلا بد من رعاية غبطتهم فيه ، إذا لم يظهر خلافَ جهة الغبطة غرضٌ ظاهر للمفلس .

هذا متنه القول في ذلك .

٣٨٤٩ - ومما ذكره الأصحاب في الفصل أنا قدمنا استيفاء الزرع والثمر ، في الأرض والشجر ، وأوضحنا أن البائع والمكري لا يجابان إلى تفريح الشجر والأرض عن الثمر والزرع ، فقد يكون البائع والمكري ذا دينين على المفلس ، ويكونان من

(١) (كان) تامة و(أصناف) فاعل .

جملة غرمائه ، ويثبت لهما طلب القلع على التفصيل المقدم في طلب الغرماء لحق استحقاق الدين ، لا لحق الفسخ الثابت لهما في البيع والإجارة .  
وهذا واضح لا خفاء به .

ولو اعنى الفقيه بحل مشكلات الفقه ، كان أولى من الاشتغال بتعقيداتِ في الصورة .

### فصل

قال : « وكذلك لو باع أمّةً ، فولدت . . . إلى آخره »<sup>(١)</sup> .

٣٨٥٠- هذَا الفصل يجمع صور الوفاق والخلاف فيما يقى [للمجلس]<sup>(٢)</sup> والغرماء من الحمل ، والثمر ، فنقول : الوجه تقديم الكلام في الحمل ، ثم إتباعه بالثمرة .  
فمن باع جارية ، فعلقت بعد البيع بولد ، وانفصل الولد قبل رجوع البائع في الجارية ، فالولد للغرماء يتضاربون فيه ، وليس للبائع فيه نصيب ؛ فإنه لم يكن موجوداً في طرف البيع والرجوع .

٣٨٥١- وإن باع جارية حبلـي ، وأفلس المشتري ، ورجع البائع في الجارية قبل الولادة ، ارتد الحمل إليه في هذه الصورة وفاما ؛ من جهة أنه كان موجوداً في الطرفين ، وتحقيق الفقه فيه أن المشتري استحق الحمل الموجود تبعاً ، ثم لم تتغير الجارية عن صفتها ، فيرجع كما خرج .

٣٨٥٢- ولو باع جارية حاملاً ، فولدت في ملك المشتري ، ثم رجع البائع بعد انفصال الولد ، ففي المسألة قولان مشهوران : أحدهما - أنه يرجع في الولد أيضاً ؛ فإنه كان موجوداً حالة العقد ، وسبيل كل ما ملك على البائع بالبيع أن يرجع إليه بالرجوع .  
والقول الثاني - أنه لا يرجع الولد إليه ؛ فإنه كان صفةً حالة العقد غير موثوق بها ،

(١) ر . المختصر : ( ٢٢٠ / ٢ ) .

(٢) في الأصل : للمجلس .

ش ٢٢٠ وهو الآن عبدٌ مملوك مستقلٌ بنفسه، [فقد رناه]<sup>(١)</sup> كأنه وجد جديداً بعدَ البيع / . وبين الأصحاب هذين القولين على القولين في أن الحمل هل يعرف؟ فقالوا : إن قلنا : إنه يعرف ، فيرجع إلى البائع من حيث كان موجوداً حالة العقد . وإن قلنا : لا يعرف ، فكأنه لم يكن حالة البيع ، وإنما تجدد من بعد .

وال الأولى في ذلك ما ذكرته في التوجيه من كون الحمل صفةً ، وكون المنفصل عبداً مستقلاً ، و يجعل تجدد الاستقلال كتجدد الوجود . وهذا أولى في التوجيه على ضعفه من التعرض لكون الحمل مجهولاً ؛ فإنما إن شكنا في الحمل حالة اجتنانه ، فإذا انفصل لما دون ستة أشهر ، لم نشك بعد انفصاله في كونه موجوداً عند العقد .

٣٨٥٣ - ولو باع جارية حائلاً ، ثم علقت بمولود بعد البيع ، وأفلس المشتري وأراد البائع الرجوع ، والجارية حامل ، فظاهر النص أن الحمل يرجع إلى البائع ، ويتعين الجارية ، كما يتبعها حالة البيع ، حتى يصير المشتري أولى بالثَّبع<sup>(٢)</sup> .

وخرج الأئمة قولآ آخر : أن الحمل لا يرجع إلى البائع<sup>(٣)</sup> في هذه الصورة ؛ فإنه إنما يرجع [إليه]<sup>(٤)</sup> ما كان موجوداً حالة العقد ، وليس الحمل كزيادة متصلة .

٣٨٥٤ - ونصُّ الشافعي دليل على أن الحمل لا ينفرد باعتبارِ ، وليس له قسط من الشمن ، وسيبله التبعية . فإن قلنا : يرجع الحمل إلى البائع كما يقتضيه النص ، فلا كلام . وإن قلنا : يبقى للمشتري وغرمائه ، فلا ينبغي أن يمتنع رجوع البائع بالجارية بسبب حمل لا يرجع إليه ؛ فإنما وإن منعنا بيع جارية في بطنها حملٌ حرُّ . على تفصيل قدمناه - فلا يمتنع الرجوع لمكان الحمل .

والقول في هذا وفي كيفية الرجوع في الجارية دون الحمل ، وفي معنى الرجوع فيها دون الولد المنفصل ، على قولنا بمنع التفريق بين الأم وولدها كلام لا يتصور

(١) في الأصل : فيقدر تارة .

(٢) التبع : أي الحمل .

(٣) في الأصل : المشتري .

(٤) زيادة من (٢) .

الوفاء ببيانه إلا بعد تقديم فصل الغراس والبناء . وهو إذا اشتري الرجل أرضاً وغرسها ، [أو<sup>(١)</sup>] بنى عليها ، فأفلس وأراد بايع الأرض الرجوع بالأرض . وهذا الفصل يأتي مستقصيًّا ، إن شاء الله بعد هُذا ، على القرب ، ثم نعقبه بما ذكرناه من الحمل والولد المنفصل الذي يمتنع التفريق بينه وبين الأم .

هذا منتهي مرادنا الآن في الحمل .

**٣٨٥٥** - فاما إذا باع شجرة وعليها طلع لم يؤبر ، فلا أصحابنا في الشمار غير المؤبرة ، وفي تشبيه استثارها بالأكمَّة باستثار الجنين بالأم ، وتشبيه ظهورها بالتأثير بظهور الحمل بالولادة اضطراب<sup>(٢)</sup> . ونحن نجمع جميع مرادهم تحت سياق الترتيب . وقد ذكرنا أربع صور في الحمل ، فنقابل كلَّ صورة منها بصورة في الطلع .

**٣٨٥٦** - ولو باع نخلة وعليها طلع لم يؤبر ، فأفلس المشتري ، وكان رجوع البائع قبل أن يؤبر ، فهذا يناظر ما لو باع جارية حاملاً ، فأفلس المشتري وهي حامل ، وقد ذكرنا ثَمَّ أن البائع يرجع في الجارية الحامل ، فتتقلب إليه ، كما خرجت عن ملكه . ونحن نقول في الشمار : إنها ترجع مع النخلة إلى البائع ، على اتفاق ، ولا حاجة إلى ترجيح محل الإجماع على محل الإجماع . وإذا / ذكرنا الترتيب في صور الخلاف بان غرضنا .  
٢٢١

**٣٨٥٧** - ومن صور الحمل ألا يوجد في طرف البيع والرجوع ، بل تعلُّقُ بعد البيع ، وتتلد قبل الرجوع ، فلا حظ لبائع النخلة في الشمار ؛ فإنها لم تكن موجودة حالة العقد ، [ثم بدت وظهرت ، وزايلت حدَّ التبعية قبل الرجوع .

**٣٨٥٨** - ومن صور الحمل أن يكون الحمل موجوداً حالة العقد<sup>(٣)</sup> ، ثم ينفصل قبل الرجوع ، وفيه قولان ، ونظيره من الشمار ، ما لو باع نخلة عليها طلع لم يؤبر ، ثم يؤبر قبل الرجوع . وفي هذه الصورة قولان أيضاً ، مرتبان على القولين [في]<sup>(٤)</sup> نظير هذه

(١) في الأصل : وبين .

(٢) «اضطراب» مبتدأ مؤخر ، خبره المقدم : «فلا أصحابنا في الشمار...» .

(٣) ساقط من الأصل .

(٤) في الأصل : ونظير .

الصورة من الحمل ، والثمار أولى بأن يرجع فيها البائع ، والسبب فيه أنها وإن تبعت الشجرة في معظم تسميتها ، فهي مقصودة في نفسها ، ويسوغ في المذهب الظاهر إفرادها باليع ، فكأنها جعلت مقصودة في العقد ، فكانت بالرجوع أولى ، والحمل كأنه صفة ، والولادة كأنه التجدد والحدوث ، كما ذكرناه في توجيه القولين .

٣٨٥٩ - ومن صور الحمل ألا يكون موجوداً حالة العقد ، ويحدث العلوق به بعد العقد ، ثم يتافق وقت الرجوع والحمل في البطن ، فقد ذكرنا قولين في الحمل : أظهرهما - أنه يرجع في الحمل ، والقول الثاني - أنه يبقى للمشتري ، ونظير هذا من الثمر ما لو باع نخلة ، لا طلع عليها ، ثم أطلعت ولم تؤبر ، وحان الرجوع ، ففي الثمار قولهان مرتبان على القولين في الحمل . فإن قلنا : لا يرجع البائع في الحمل ، فلأن لا يرجع في الثمرة التي لم تؤبر أولى . وإن قلنا : يرجع البائع في الحمل من حيث إنه غير مقصود ، فهل يرجع البائع في الثمر أم لا ؟ فعلى قولين . والفرق أن الثمر مقصود في نفسه ، قابل للإفراد باليع ، ولم يكن موجوداً حالة العقد ، فرجوع بشيء مقصود إليه لم يكن موجوداً حالة العقد بعيد ، بخلاف الحمل ؛ فإن كونه مقصوداً مختلف في ، فكان رجوعه إلى البائع أقرب من الجهة التي اختلفت في كونه مقصوداً .  
هذا بيان ترتيب المذهب في الثمار والحمل في الصور الأربع .

### فصل

قال : « ولو قال البائع : اخترت عين حقي قبل الإبار ، وأنكر المفلس . . . إلى آخره »<sup>(١)</sup> .

٣٨٦٠ - فرع الشافعي رضي الله عنه هذا الفصل على القول المنصوص الظاهر ، وهو أن من باع نخلة ، فأطلعت بعد البيع ، وأفلس المشتري قبل التأثير ، وأراد الرجوع ، فله أن يرجع في الثمار مع الأشجار . ولو أُبرت الثمار قبل الرجوع ، لم يرجع البائع في الثمار وفاقت . ومضمون الفصل مدار على هاتين الصورتين .

(١) ر . المختصر : ( ٢٢٠ / ٢ ) .

٣٨٦١ - فلو قال البائع : رجعتُ والثمار غيرُ مؤبرة ، فهي لي ، وقال المشتري : بل رجعتَ بعد التأثير ، فالثمار لي تصرف إلى غرمائي ، فالقول قول المشتري ؛ لأن الأصل إبقاء ملكه في الثمار ، والأصل عدم رجوعه أيضاً .

فإن قيل : قد تقابل قولنا : الأصل عدم الرجوع و[قولنا]<sup>(١)</sup> : الأصل عدم التأثير ، فتعارضاً ، وتقابلاً ، فليخرج ذلك على تقابل الأصولين .

قلنا : تعارض القولان كما ذكره السائل ، والأصل بقاء الملك للمشتري .

ثم إذا جعلنا القول قول المشتري ، وأراد البائع تحليفه ، فلا يتأتى منه تحليفه ما لم يدع عليه العلم بتقدم رجوعه على وقوع التأثير ، ولو كلفه أن يحلف أنه ما رجع قبل التأثير ، كان مكلفاً إياه ما لا سبيل إليه .

ولو أقر البائع بجهل المشتري بتاريخ الرجوع ، فيكون مسلماً له الثمرة ؛ إذ مبني الأيمان المتعلقة بنفي فعل الغير على أن تتضمن نفي العلم بها ؛ [إذ]<sup>(٢)</sup> ليس / في القوة ٢٢١ البشرية درك القطع بانتفاء ما يمكن من فعل الغير ، فإن لم يدع البائع العلم ، بقيت الثمار للمشتري وغرمائه .

فإن ادعي علم المشتري بتقدم رجوعه على التأثير ، فيحلف المشتري على ذلك ، فإن حلف بالله أنه لا يعلم أنه رجع قبل التأثير ، انفصلت الخصومة ، واستقرت الثمرة للمشتري على ذلك .

وإن حلف المشتري على البت بالله أنه لم يرجع ، فالخصومة تنفصل أيضاً بهذه اليمين ، وإن كان المشتري يُعد مجازفاً ، ومحمل يمينه البت والقطع على أمور مظنونة .

ومعظم الناس لا يميزون بين العلم وغالب الظن ، فاليمين الباشة [تفيد]<sup>(٣)</sup> ما يفيده اليمين النافية للعلم . هنذا إن حلف .

(١) ساقطة من الأصل .

(٢) في الأصل : وليس .

(٣) في الأصل : مفيد .

٣٨٦٢- فإن نكل المشتري ، فهاهنا وقفة ؛ فإن البائع لو رددنا عليه اليمين ، وحلف ، لفاز بالثمار .

فلو قال الغرماء : لئن قصر المشتري ونكّل ، فالثمار لو ثبّت له ، لكان مصروفه إلينا ، فلئن لم يحلف ، فنحن نحلف ، فلا ترددوا اليمين على البائع ، فنقدم على ذلك أصلًا قريباً منه ونقول :

٣٨٦٣- إذا مات الرجل وعليه ديون ، فادعى ورثة المديون ديناً للبيت ، وأقاموا به شاهداً ، ونكّلوا عن اليمين معه ، فهل للغرماء أن يحلفوا ؟ فعلى قولين مشهورين . ولو أدعى المفلس ديناً له على إنسان ، وأقام شاهداً واحداً ، ثم لم يحلف معه ، فقال الغرماء : نحن نحلف معه ، حتى إذا ثبت الدين صُرِف إلينا ، ففي المسألة طريقان : أحدهما - تخرج المسألة على قولين كما تقدم في ورثة المديون والغرماء ، والطريقة الأخرى - القطع بأنهم لا يحلفون ؛ فإن صاحب القصة - المتوفى في المسألة الأولى - وقد مات وأشكّل أمره ، فإذا حلف الغرماء لم يظهر نقيض الصدق في أيمانهم . والمفلس صاحب القصة في مسألتنا ، فإذا امتنع عن اليمين ، تمكنت التهمة من الغرماء إذا حلفوا . فنعود بعد ذلك إلى اختلاف البائع والمشتري في الرجوع والتأخير ، فنقول :

٣٨٦٤- إن لم يحلف المشتري ، فهل يحلف الغرماء ؟ فعلى الطريقين المذكورين فيه إذا أقام المفلس شاهداً على دين ، ولم يحلف معه ، فأراد الغرماء أن يحلفوا ، لا فرق بين المسألتين ؛ فإن نكول المفلس فيما جمِيعاً يجزّ تهمة إلى الغرماء ، على أن الغرماء ليسوا مستحلفين من جهة المدعي ، وإنما هم يقتسمون اليمين ويبغونها ، والأصل المستحلف ناكلاً ، وأيمانهم على صورة النيابة عن يمين المشتري ، والنيابة لا تتطرق إلى الأيمان في وضعها .

ونذكر لاستكمال هذا الفن مسألة أخرى ، ثم نرجع إلى ترتيب المسألة ، فنقول :

٣٨٦٥- لو أقر المفلس لإنسان بدَيْن ، فقد اختلف قول الشافعية في قبول إقراره في الحال ، وسيأتي ذكر ذلك . فإن قبلنا إقراره ، فلا كلام ، وإن لم نقبل إقراره بسبب الغرماء ، فهل للمقرَّ له أن يحلف الغرماء ؟

قال العراقيون : في المسألة طريقان ، على العكس مما تقدم : فمن أصحابنا من قال : في المسألة قولان ؛ لأن الغرماء ليسوا أصولاً في الخصومة ، والخصومة وإن أمكنت النيابة فيها، فلا نية في الأيمان ، والطريقة الأخرى - القطع بأنهم يحلفون / ؛ فإنهم ليسوا نائبين عن المفلس في أيمانهم ، والخصومة موجهة عليهم ، ولو لا حقوقهم ، لنفذ إقرار<sup>(١)</sup> المفلس ، فإذا أرادوا أن يأخذوا أموالهم ، ويحرموا المقرّ له ، فقد انتصروا خصومه . عدنا إلى ترتيب المسألة : إذا نكل المشتري عن اليمين .

٣٨٦٦- وإن قلنا : الغرماء يحلفون ، فيحلفون على نفي العلم ، كما كان المشتري يحلف لو رغب في اليمين ، وإن قلنا : إنهم لا يحلفون ، فترت اليمين على البائع . وكذلك إن قلنا : إنهم يحلفون ، ونكلو ، فإن نكل البائع عن يمين الرد جعل نكوله كحلف المشتري ، وبقيت الشمار للمشتري يتضارب فيها غرماوه . وإن حلف المشتري فقد قال الأصحاب : هذا يخرج الآن على الاختلاف في أن يمين الرد تنزل منزلة البينة المقادمة للخصومة ؟ أم تنزل منزلة إقرار المدعى عليه ؟ وفيه اختلاف معروف .

وهذا أوان تقريره .

فنذكر ما سرده الأصحاب على وجهه . قالوا :

٣٨٦٧- إن قلنا : يمين الرد كالبينة ، قضينا بالثمرة للبائع ، كما لو أقام بينة على تقدم رجوعه على التأيير ، وإن قلنا : يمين الرد كإقرار المدعى عليه ، فتخرج المسألة على قولين مبنيين على أن المفلس لو صدق البائع ، وأقر له بما يدعيه من الشمار ، فهل يقضى له بموجب إقراره على الغرماء ؟ وفيه قولان [مرتبان]<sup>(٢)</sup> : فإن رأينا قبول إقراره ، فلا كلام ، وينفذ القضاء بالثمرة للبائع ، وإن رأينا رد إقراره وقد نزلنا يمين البائع منزلة إقرار المشتري بحقوق الغرماء مقدمةً في الحال ، فيتضاربون في الشمار تضاربهم في سائر أصناف الأموال .

(١) (ت ٢) : إقرارهم .

(٢) ساقطة من الأصل .

فإن قيل : فاليمين التي أقدم عليها البائع لاغية في عقباها ، فلم حلّقتموه ؟ قلنا : ليست لاغية ؛ فإن تيك الشمار لو فصلت عن الديون ، بأن وجدنا في السلع التي كنا نبيعها من يشتريها بأكثر من ثمنها ، وفصلت الشمار ، وانطلق الحجر ، فهي مصروفة إلى البائع بيمينه .

٣٨٦٨ - فإن قيل : نراكم تذكرون هذا الأصل تارة ، وتزيفون البناء عليه ، وأنتم الآن لم تظهروا تزيفة ، فأظهرروا آراءكم<sup>(١)</sup> فيه .

قلنا : نعم ، إنما نزيف التقلي من هذا الأصل إذا كان يفرّع المفروع عليه بما يفضي إلى إزالة ملك الغير بعد ثبوته له ، ولا تعلق للخصومة به ، مثل أن يقرّ الراهن لأحد المتداعين بالتقديم بالرهن والإقباض ، وينفذ الحكم بإقرار المالك الراهن ، فإذا ادعى الآخر على الراهن ، وحلّفناه ، فنكل ، ورددنا اليمين على المدعي ، فمن قال من أصحابنا : إننا إذا جعلنا يمين الرد بمثابة البينة ؛ فإننا نسترد الرهن من المقر له [أولاً]<sup>(٢)</sup> ، فهو مزيف لا سيل إلى اعتقاده ؛ من قبل أن الإقرار الأول قد نفذ ، فنقضه بسبب إنكار المقر ونکوله محال ؛ فإنه لو صرّح بالرجوع ، لم يكن لتصريحه بالرجوع عن الإقرار حكم ، وحَلْفُ<sup>(٣)</sup> المردود عليه قول خصمه ، والقضاء عليه بيمين خصمه - وكان معه في رتبة المدعين<sup>(٤)</sup> - محال . هذا هو الذي يزيف ويُطرح .

٣٨٦٩ - فاما إذا توجهت الدعوى على المفلس ، فهو المخاطب بالخصومة ، ولو ثبت له ملك ، لكان له ، ثم صرّفه إلى ديونه ، قد يكون وقد لا يكون ، وإن اتفق ش ٢٢٢ ذلك ، فهو من مصلحته أيضاً ، ولا يمكننا / أن نقول : للغرماء حق ثابت في هذا المتنازع فيه ، لم يثبت بعد ، فيجري التفريع على أن يمين الرد كالبينة ، أو كالإقرار في مثل هذه الصورة ، وذلك أنه لم يثبت بعد للغرماء حق في الشمار ، والمفلس دُو عبارة صحيحة في الخصومة ، فإذا انتظم من مخاصمته انتهاء الأمر إلى يمين الرد ، فلا يمتنع

(١) (ت ٢) : فابدوا رأيكم .

(٢) في الأصل : وإلا .

(٣) بسكون اللام وكسرها . (مصباح) .

(٤) في (ت ٢) : «المدعين» .

القضاء به ، ويكون ذلك منعاً للغرماء مما يرونها لأنفسهم ، ولا يكون قطعاً لحقوقهم .

٣٨٧٠ - فإن قيل : إذا كنتم تردون إقرار المفلس في الحال ، فلا يمتنع عليه أن يواطئ كلَّ من يريد الإقرار له حتى يدعى عليه ، فينكر ، وينكل ، فيرد اليمين عليه . قلنا : هذا لو لم يكن لليمين بالله تعالى موقع في النفوس ، وهي معظمة في دين الله تعالى ، فمن أنكر أثراً لها ، لم يبعد إنكار أثر الأيمان كلها . ومن هاهنا ينشأ التردد في أنه بينة ، أم هي نازلة منزلة إقرار الخصم .

٣٨٧١ - وما يتم به التفريع في هذا الطرف أنا إن قضينا بيمين البائع<sup>(١)</sup> في الحال ، فلا كلام .

وإن أبینا القضاء بيمينه ، فحكم هذا أن يفوز الغرماء بالشمار ، ويعود حق البائع إلى مطالبة المشتري بعد انفكاك الحجر عنه .

٣٨٧٢ - فلو قال البائع للغرماء : احلفوا لي بالله لا تعلمون تقدَّم رجوعي على التأثير ، فهل له أن يحلفهم ؟ فعلى طرريقين ذكرناهما الآن : إحداهما - القطع بأنهم يحلفون ، لما سبق تقريره . فإن رأينا ذلك ، وحلفوا ، فذاك ، وإن نكلوا ردَّت اليمين على البائع مرة أخرى في الخصومة الجديدة ، وكأن اليمين الأولى من البائع لم تكن ، ثم إذا حلف بعد نكول الغرماء ، قُضي له بالشمار ، لا محالة .  
فهذه صورة تنجَّز الكلام فيها .

٣٨٧٣ - فلو صدَّق المشتري البائع فيما ادعاه من استحقاق الثمرة ، وكذبه الغرماء ، فالمسألة تخرج على القولين في أن إقرار المفلس هل يقبل في الحال ؟ فإن قبلنا إقراره ، فلا كلام . وإن ردناه ، فالبائع المقر له هل يحلف الغرماء ؟ فعلى ما ذكرناه من اختلاف الطريقين .

٣٨٧٤ - ولو ادعى البائع ما ادعاه ، فكذبه المفلس ، وصدقه جميع الغرماء ، وانتجزت الخصومة بين البائع وبين المفلس ، فإن حلف المفلس على ما أوضحتنا كيفية

(١) في (٢٦) : الرد .

حلفه ، فلا يقبل تصديق الغرماء للبائع في وجوب تسليم [الثمرة]<sup>(١)</sup> إليه ، غير أنهم لو أرادوا أن يطالبوا المشتري بتسليم تلك الشمار إليهم عن جهة ديونهم ، لم يكن لهم ذلك من قبل اعترافهم بأنهم لا يستحقونها ، فتبقي الشمار في يدي المشتري ، لا تسلم إلى البائع ، ولا يتعلق بها الغرماء لإقرارهم السابق . ثم لا يملك المشتري التصرف فيها ؛ لأنَّه محجور عليه على حال ، وقد يظهر له غرماء لستنا نعرفهم الآن .

ثم إن ضاق المال عن الديون ، فالملبس يتمنى من الحكم أن يصرف إليهم تلك الشمار ، فيما يصرفه إليهم . فإن قالوا : نحن نعلم أنها مخصوصية ، فلم يكلفنا أخذها ؟ قلنا : لا يقبل قولكم في حق الملبس ، والحجر مطرد عليه ، وغرضه ظاهر في حصول براءة ذمته عن ديونه ، فخذلوا الشمار عن حقوقكم ، أو أبرئوه عن مقدارها من الديون ، على نظرِ في ذلك نستقصيه .

ي ٢٢٣ فإن أخذوها ، حكمنا براءة الملبس عن أقدارها من الديون / ثم كما<sup>(٢)</sup> ثبتت أيديهم على الشمار ، لزمهم الرد على البائع لاعترافهم السابق ؛ فإن إقرارهم إن كان مردوداً على الملبس وما يتعلق بأمره ، فهو مقبول عليهم . وهذا بين في قواعد الشريعة .

٣٨٧٥ ولو قالوا : لا تكلفونا قبض الشمار ، ولا تصرفوا أثمانها إلينا ، ونحن نرضى برفع الحجر عنه ، فهل يجبرون على قبض ذلك ؟ فعلى قولين . وهذا هو الأصل الذي تكرر مراراً ، من قبل أن الغرماء إذا كانوا لا يدعون للملبس مالاً ، سوى ما في يد الحكم ، واعترفوا بأن الشمار ليست له ، فالحجر ينفك ، أو يفك ، على تفصيل يأتي لا محالة ، إن شاء الله . إلا أن يدعوا له مالاً خفياً ، وسيظهر أثر ذلك من بعد .

فكان المشتري مديون أثني بمال ليصرفه إلى مستحق الدين ، فأبى عن قبوله ، وزعم أنه غصب ، فقوله بأنه غصب مردود ، وهل يجبر على قبوله ؟ فعلى القولين المشهورين في أن من جاء بدين مؤجل عليه أو حال ، فامتنع المستحق عن قبوله ، فهل يجبر عليه أم لا ؟

(١) ساقطة من الأصل .

(٢) كما : بمعنى عندما .

هذا حاصل الكلام في ذلك .

٣٨٧٦- ولو جاء المكاتب بالنجم ، فقال السيد : إنه مغصوب ، لم يقبل قول السيد ، وأجبر على القبول ؛ فإن للمكاتب غرضاً صحيحاً في قبول ما جاء به ، وقول السيد مردود عليه .

نظير هذا من مسألتنا ما لو امتنع الغرماء من قبول الشمار ، وأبوا أن يفكوا الحجر ، وزعموا أن له مالاً سوى الشمار مغيّباً ، وكانت الديون تتأدى بالشمار ، فيجبر الغرماء حينئذ على القبول ؛ لظهور غرض المفلس في استفادة انفكاك الحجر .

هذا فيه إذا كذب المفلس البائع ، وصدقه الغرماء .

٣٨٧٧- فأما إذا كذب المفلس البائع ، كما ذكرناه ، وانقسم الغرماء ، فصدق بعضهم البائع ، وكذبه آخرون ، فالأولى أن يرُفِّقُ الحاكمُ بالمصدقين ، ويصرف الثمرة إلى المكذبين ، ويصرف إلى المصدقين صنفاً آخر ؛ فإنه لو لم يفعل ذلك ، وصرف إلى المصدق شيئاً من الثمرة ، لكان ذلك خسراً علينا<sup>(١)</sup> ، من جهة أنه يلزم تسليمه إلى البائع المقر له .

ثم يُبيّن المصدق والمكذب حكم نصفه في صورة . فنقول : الثمرة خمسمائة ، وللمفلس ألف سواها ، وله غريمان لكل واحد منهم ألفاً . فإذا صرفنا الخمسمائة إلى المكذب منها ، وبقي ألف بين المصدق والمكذب ، فلو قال المصدق : ضارب في الألف بخمسمائة ؛ فإنها حلك بزعمك ، فالألف بيننا أثلاثاً أضرب فيه بسبعين ، وتضرب فيه بسبعين ، فكيف السبيل ؟ اختلف أصحابنا فيه : فمنهم من قال : تقسم الألف ثلثاً وثلثين بينهما ، ويؤخذ المكذب باقراره . وقد قال : قبضت من حقي خمسمائة . هذا وجه ظاهر .

ومنهم من قال : يضارب المكذب المصدق في الألف الباقى على نسبة التشطير ، ويقول : ألفي باقي على زعمك ، وأنت مؤخذ باقرارك ، وقد فرطتَ وضيّعتَ

(١) أي على المصدق .

مضطربَك ؛ إذ صدقت البائع ، فيرجع من الألف خمسمائة إلى المكذب ، ويتوفر عليه حُقُّه كملاً .

ش ٢٢٣ - ٣٨٧٨ وما ذكرناه من أمر المحاكم بتسليم الشمرة إلى المكذب كيف قولنا / فيه ؟ أهوا حتم ؟ أم للحاكم أن يقسط الشمرة على المكذب والمصدق ؟ ذكر العراقيون في ذلك وجهين : أحدهما - أنه لا يجوز للحاكم صرف الشمرة إلى المصدق إذا أمكنه صرفها إلى المكذب لما فيه من [التخسير]<sup>(١)</sup> . والثاني - لا يجب على المحاكم رعاية هذا ، وإنما يُمضي حكمه وقضاءه على قول مَنْ جعل الشرع القول قوله ، والأصح أنه يجب عليه رعاية هذا ، فإنه ناظر للمسلمين ، فلا يجوز أن يسعى في إيدائهم من غير غرض .

### فصل في المثلث

قال : « وإن وَجَدَ بعْضَ مَالِهِ ، كَانَ لَهُ بِحَصْتِهِ . . . إِلَى آخِرِهِ »<sup>(٢)</sup> .

٣٨٧٩ - وهذا مما سبق تقريره فيما مضى ، ولكننا نعيده لغرضٍ لنا ، فنقول إذا باع شيئاً بثمن وسلمهما ، فأفسس المشتري ، وقد تلف في يده أحدُ الشيئين ، ففقاعدة المذهب أنه يرجع بالعين الباقية ، ويأخذها بما يخصها من الثمن ، ويضارب الغراماء بما يخص العين الفائتة من الثمن .  
هذا هو الأصل .

٣٨٨٠ - وذكر صاحب التقريب والعراقيون في هذه المسألة ، وفي كل مسألة تضاهيها أن من أصحابنا من خرج هذا على أصل ذكرناه في تفريع الصفة ، وهو أن من اشتري عبدَين ، فتلف أحدهما قبل القبض ، وانفسخ العقد فيه ، وأجاز<sup>(٣)</sup> المشتري البيع في الباقي ، **الْخِيَرَةُ بِتَمَامِ الثَّمَنِ**<sup>(٤)</sup> أو بقسطه ؟

(١) في الأصل : التجيز .

(٢) ر . المختصر : ( ٢٢٠ / ٢ ) .

(٣) (ت ٢) : « واختار » .

(٤) قال الإمام هناك - في باب تفريع الصفة - : « إن القول بالإجازة بتمام الثمن لا اتجاه له ، ولو لا استهاره في النقل ، لما ذكرناه »

فعلی قولین : فقال قائلون : هاهنا يخرج هذان القولان أيضاً ، ففي قوله ، نقول للبائع : خذ العين القائمة<sup>(١)</sup> بجميع الثمن ، أو دعها ، وضارب بجميع الثمن . وفي قوله ، نقول : يأخذ ما وجد بحصته ويضارب الغرماء بحصته من الثمن . والقول المذكور في أن العقد يجاز في العبد الباقى بعد تلف العبد الآخر بتمام الثمن ، في نهاية الضعف ، والمصير إلى ذلك القياس في هذا المقام خرق لنظر المذهب بالكلية .

٣٨٨١ - وطرد هذا القائل هذا المسلك في الشفعة ، فقال : من باع سيفاً قيمته مائة ، وشقصاً قيمته عشرة ، بمائة وعشرة ، فجاء الشفيع يطلب الشخص ؟ فنقول في قول : خذ الشخص بجميع الثمن ، أو دع الشفعة ، وفي قول نقول : خذ الشخص بحسبه . وهذا الآن عندي قريب من خرق الإجماع ، فالوجه القطع بأن البائع يرجع فيما يبنيه ويضارب بقسطه ، ويضارب بقسط من الثمن .

فإن قيل : كيف تعتبر قيمة الفائت<sup>(٢)</sup> والباقي ؟ قلنا : نحن على قرب عهده بهذا ، فالفائت بمتزلة الشمار في المسألة العويصة في صدر الكتاب إذا<sup>(٣)</sup> صورنا فواتها ، والعبد الباقى بمثابة الشجرة الباقية . وقد ذكرنا تفصيل المسألة على أحسن مسامق .

### فضلكم

قال : « ولو كانت داراً ، فبنيت ، أو أرضاً ، فغرست . . . إلى آخره »<sup>(٤)</sup> .  
هذا من فصول الكتاب ، فليخصّصه الناظر بتثبت في الفكر .

٣٨٨٢ - إذا باع الرجل أرضاً من إنسان ، وسلمها ، فغرسها المشتري ، أو بني فيها ، ثم أفلس . وما كان أدى الثمن ، والأرض مبنية و<sup>(٥)</sup> مغروسة ، فالوجه التنبيه

(١) (ت ٢) : الباقية .

(٢) (ت ٢) : التالف .

(٣) كذا في النسختين ، و(إذا) هنا بمعنى (إذ) وهو استعمال صحيح ، نبه إليه إمام النحوة ابن مالك (ر). شواهد التوضيح والتصحيح : ٦٣ .

(٤) ر. المختصر : (٢٢٠/٢) .

(٥) كذا . ولعلها : أو مغروسة .

لمثار الإشكال في المسألة أولاً ، ثم نخوض فيها بعون الله وتوفيقه .

٣٨٨٣- فنقول : المشتري بغرسه وبنائه متصرف في ملك نفسه ، وليس أيضاً على رتبة مستعير ؛ فإن العارضة عرضة الاسترداد ، [و]<sup>(١)</sup> لما أفلس وقد تمهد في الشرع أن البائع يرجع إلى عين ماله ، وعين ماله عتيدة ، ولكنها مُغيَّرة . والجمع بين تفريعي ٢٢٤ الأرض له وبين رعاية حق المشتري والغرماء عَسِرٌ ، فكيف السبيل ؟ فنقول أولاً : / إن طمع البائع في أن يقلع البناء والغرس مجاناً وتحبَط<sup>(٢)</sup> قيمة البناء والغرس ، ويرد إلى النقض والحطب<sup>(٣)</sup> ، فهذا طمع محال ؛ فإن المشتري لم يكن غاصباً ، وإنما يُنقض على هذا الوجه بناء الغاصب وغراسه .

فلو قال البائع : لست أرجع في عين الأرض إلا على هذا الوجه ، قلنا : فلا مرجع لك إذاً ، فضارب الغراماء بالشمن ، واقنع بما يخصك .

وإن كان لا يبغي البائع هذا الحال<sup>(٤)</sup> ، ولكن أراد أن يرجع إلى عين حقه ، ومعلوم أن الأرض البيضاء أكثر قيمة من الأرض المبنية والمغروسة ، إذا كانت تباع دون الغراس والبناء ، فلا بد وأن يتداخله نقص .

إذا تنبه الفقيه لهذا ، ولما ذكرناه ، فعبارات الأصحاب فيها بعض الإيهام والخطأ . وأنا بعون الله تعالى آتي بمقصود الطرق على أقرب صيغة إن شاء الله تعالى .

فأقول :

٣٨٨٤- حاصل ما ذكره الأئمة في ذلك أقوالٌ : أحدها - أنا نجعل البائع واجداً عين ماله ، فليرجع فيها من غير أن يعتقد جواز القلع مجاناً ، ولو أحكام<sup>(٥)</sup> على هذا القول سأصفه في التفريع .

(١) زيادة من (ت ٢) .

(٢) تحبَط : تهلك . (من باب تعب).

(٣) النقض والحطب : أي مخلفات الهدم ، وقلع الزرع . وفي (ت ٢) : النقض والحطب .

(٤) المحال : أي الرجوع في الأرض ، وإتلاف البناء والغرس ، على أصحابها .

(٥) (ت ٢) : احتمام .

والقول الثاني - أنا نجعل بائع الأرض فاقداً عين ماله . فإن قيل : لم ذلك ؟ وهو يقول : أنا أقنع بالأرض ناقصة ، ولا أقنع الغراس والبناء ؟ قلنا : قد جرى البناء بحق ، وقيمتها على مبلغ لو كانت الأرض معه ، ولو رجع البائع بعين ماله ، لنقص البناء وإن لم يقلع ، فتضمن ذلك غصاً من قيمة البناء . وقد أنشىء<sup>(١)</sup> بحق ، وليس كما لو كان المبيع مجردأ ، لا يؤدي الرجوع فيه إلى تنقيص حق المشتري . ويتم وجه هذا القول بأن الباني يغرس في البناء أموالاً يجبرها قيمة البناء ، فإذا قطعنا الأرض عن البناء ، تضمن ذلك تخسيراً للمشتري ظاهراً ، وهذا يضاهي الرد بالعيب القديم مع عيب حادث ؛ فإنه لو تسامح<sup>(٢)</sup> ، كان استدراك ظلامة في ضمن إلحاد ظلامة .

هذا بيان لهذا القول .

٣٨٨٥ - ذكر بعض أصحابنا قولأ ثالثاً ، وهو أن البائع يرجع في عين الأرض ، ولكن لا يمكن بيعها ، فتباع الأرض مع البناء ؛ حتى لا يؤدي إلى التخسيس ، ويجعل البائع الراجع شريكاً ، بمثابة صاحب الثوب غير المصبوغ إذا صبغ المشتري ثوبه ، على تفاصيل ستأتي ، إن شاء الله عز وجل ، ثم الثوب المصبوغ بيع ويوزع الثمن على قيمة الثوب والصبغ ، وهذا عدل في رعاية الحقين ؛ فلا صاحب البناء يبيع بناءه وحده ، ولا صاحب الأرض ، بل تباعان .

ومن سلك المسلك المقدم ، استبعد الحجر على صاحب الأرض في بيعه أرضه ، وقال : ليس ذلك كالثوب والصبغ ؛ فإن إفراد أحدهما بالبيع غير ممكن ، فاضطررنا إلى بيع الثوب في الحقين .

٣٨٨٦ - وحكى العراقيون قولأ آخر بعيداً ، وقالوا : إن كانت قيمة البناء أكثر ، فليس بائع الأرض واجداً عين ماله . وإن كانت قيمة الأرض أكثر ، فصاحب الأرض واجد لعين ماله . ولعل هذا القائل يذهب مذهب اتباع الأقل [و][٣] الأكثر ، ولم

(١) في النسختين : أنشأ .

(٢) (ت ٢) : ساغ .

(٣) مزيدة من (ت ٢) .

يتعرضوا لاستواء القيمتين ، وهذا يقل قدره عن إتعاب الفكر في تفريغه .

**٣٨٨٧** - والآن نفرع على الأقوال ، فنقول : من قال : إنه فاقد لعين ماله ، فنجعل حقه في المضاربة بالثمن ، ومن قال : إنه واجد وليس وجداً على مذهب الشركة التي ثبتت في الثوب المصبوج ، فظاهر التفريغ على هذا القول أنه إذا رجع في عين الأرض ، ثبتت له سلطنة ، وهي خيرٌ بين ثلاث خلاٍ . فإن أراد بذلك قيمة البناء ٢٢٤ والغراس ثابتين ، وإن أراد قلعهما ، وضمن ما ينقصه القلع / . وإن أراد بقائهما وألزم من يبقى البناء له أجر المثل له<sup>(١)</sup> في المستقبل .

والتعيين في كل خصلة من هذه الخصال إلى البائع الرابع ، وكأننا أحبنَا<sup>(٢)</sup> ردَ الأرض عليه كما خرجت عن ملكه ، فصدقنا عنه امتناع إبطال البناء والغراس ، فأثبتتنا له رتبة سلطان المالكين ، حتى كان البناء صدر عن إذنه ، وكأنه المعير . ومن أغار أرضاً حتى نبت وغرست ، فمال الأمر يؤول إلى ما ذكرناه .

**٣٨٨٨** - ومن تمام البيان في ذلك أن الغرماء لو امتنعوا عن قبول هذه الأشياء ، واختلفوا : فعيّن البائع خصلة وطلب الغرماء والمشتري خصلة ، فكيف السبيل والحال هذه ؟ اختلف أصحابنا في هذه المسألة : فمنهم من قال : إذا [استيقن]<sup>(٣)</sup> منهم النك<sup>(٤)</sup> ، وظهرت المخالفة ، قُلَّع الغراس والبناء مجاناً ، كما يفعل ذلك بين المعير والمستuir ؛ فإن المستuir إذا أبى قبول خصلة من الخصال التي ذكرناها ، قُلَّع غراسه مجاناً . وقد نزلنا البائع على التقدير الذي ذكرناه متزلاً المعير . لهذا وجه .

والوجه الثاني - أنهم وإن خالفوا ولم يقبلوا ، لم يُقلع بناؤهم مجاناً ، ولكننا نقول للبائع : ماذا تريد ؟ فإن أراد القلع ، قلنا ، ولهم ما ينقصه القلع . وإن أراد تملك البناء والغراس بالقيمة ، ملِكناه تلك الأعيان ، وألزمناه قيمتها . وإن أراد أن يلزمهم الأجرة ما أبقوا البناء والشجر ، ألزمناهم ؛ فلا حاجة إلى تعطيل حقوقهم ، وقلع بنائهم

(١) عبارة (ت ٢) : من يبقى له البناء أجر المثل في المستقبل .

(٢) وكأننا أحبنَا .

(٣) (ت ٢) : استقر .

(٤) النك : العناد ، والمعاصرة . (معجم) .

وغراسهم مجاناً ، ونحن نتمكن من تحصيل ما يريده البائع في<sup>(١)</sup> الخِيرَات الثلاث .

نعم ، إذا عاند المستعير ، ارتفع عذرُ المعير ، وجاز له استرداد الأرض كما كانت من غير غرم ، وستستقصي ذلك في كتاب العارية . والمشتري لا يعتمد بناءه وغراسه إذا متعرضاً للرجوع ، ولكنه اعتمد ملكه الثابت ، فلا حاجة لتعطيل تصرفه وتخسيره ماله .

**٣٨٨٩** - وإن فرعنا على أن بائع الأرض يرجع فيها رجوع بائع الثوب بعد صبغه ، فمعنى ذلك أن الأرض والغراس أو البناء يباعان معاً ، ويوزع الثمن عليهما ، فما خص الأرض كما سنصف التوزيع ينفرد البائع به ، وما خص البناء ، فهو للمشتري وغرمائه . ومن امتنع من بيع ما أضفناه إليه ، أُجبر على البيع ؛ فإنما لو كلفنا واحداً أن ينفرد ببيع ملكه ، لكان ذلك مضرأً به مُخسراً إياه ، وسيصل الأرض والبناء في هذه القاعدة - وهي الحَمْل على بيعهما - كسييل الثوب والصبغ ، على ما سذكره .

هذا بيان لهذا القول على الجملة . وتمام بيانه موقف على بيان كيفية التوزيع .

**٣٨٩٠** - وقد اختلف أصحابنا فيه : فمنهم من قال : تقوم الأرض دون النخيل ، والبناء ، ثم مع النخيل ، والبناء ، فنقول : قيمتهما دونها مائة ، ومعها مائة وخمسون ، فيقسم الثمن أثلاثاً بالغاً ما بلغ ، ثلاثة لمالك الأرض . ومنهم من قال : تقوم الأرض دون النخيل والبناء ، فإذا قيمتها مائة ، ثم يقوم البناء والنخيل دون الأرض ، فإذا قيمتهما مائة ، فيقسم الثمن بينهما نصفين ، وقد تقدم نظير هذا الاختلاف في الأصول السابقة .

**٣٨٩١** - ولو وهب رجل أرضاً بيضاء وسلمها ، وكان يثبت له حق الرجوع في الهبة ، ولو بني المتهب وغرس فيها فرجع<sup>(٢)</sup> الواهب في الأرض بعد بناء المتهب وغراسه ، كرجوع البائع في كل تفصيل ، بلا فرق في الأقوال ، والتفریع عليها .

(١) (ت٢) : والخِيرَات .

(٢) في (ت٢) : «رجح» (بهذا الضبط) . ورجُح وزان (فعْل) بسكون العين مصدر رجع يرجع رجعوا ورجعوا . (مصباح) .

ي ٢٢٥ - فِيْ<sup>١</sup> : إذا باع الرجل / جارية ، فولدت في يد المشتري وأفلس المشتري ، وكان الولد بحيث لا يرجع فيه باائع الجارية ، ومنعنا التفريق بين الأم وولدها ، فكيف يرجع البائع ، وليس الولد له ؟

ذكر العراقيون وجهين : أحدهما - أنه يقال له : إما أن تبدل قيمة الولد فتأخذه مع الجارية ، وإما أن يباعا معاً ، فتأخذ حصتك من الجارية ، وتدفع إلى الغرماء ما يقابل الولد .

والوجه الثاني - أنه يقال : إما أن تبدل بدل الولد ، وإما ألا نجعلك واحداً لعين مالك ، فتضارب الغرماء بثمن الجارية ، ويبطل حقك من الرجوع ، فإذا كان يرجع البائع في الجارية الحامل ، ولا يرجع في حملها على قوله في صورة ، فلا وجه إلا المكث إلى انفصال الولد ، وعند ذلك يتفرع ما ذكرناه في الجارية ، وولدها من اختلاف الجوابين عن طريقة العراق<sup>(١)</sup> ، ولا يمكننا أن نقومها حاملاً ، ونقومها حائلاً ؛ فإن الحمل غير موثوق به قبل الانفصال ، فلا يتنظم توزيع يهتدى إليه . والأصحُّ ، وظاهر النص أنه يرجع في الحمل كما تقدم .

### فِيْ<sup>٢</sup> فِيْ<sup>٣</sup>

قال : « ولو كانوا عبدين بمائة . . . إلى آخره »<sup>(٢)</sup> .

٣٨٩٣ - صورة المسألة باع عبدين متفقى القيمة بمائة ، وقبض خمسين ، فتلف أحدهما في يد المشتري وأفلس ، فقد اجتمع في المسألة تبعيضاً في الثمن ، وتبعيضاً في المثلمن ، فإن البائع قبض نصف الثمن ، وبقي في يد المشتري عبدٌ ، وهو على نصف قيمة المثلمن . فالذى نص عليه الشافعى أن البائع يرجع في العبد الباقي ببقية الثمن ، فجميع المقبوض من الثمن في الهالك ، والباقي في القائم ، وصار في هذا إلى أن إحالة البائع على المفلس بشيء من الثمن مع أن الباقي من المثلمن واف بالباقي

(١) كذا في النسختين ، والمعنى طريقة العراقيين .

(٢) ر . المختصر : (٢٢٠/٢) .

من الثمن لا وجه له ، وكأن هذا القائل يجعل تعلق البائع بالمبيع في الثمن بمثابة تعلق المرتهن بالرهن في مقابلة الدين .

وفي المسألة قول آخر ، خرجه الأصحاب من أجوبة الشافعية في الصداق والزكاة . وهو أن المقبوض من الثمن يتوزع على التاليف والباقي ؛ والباقي من الثمن يقابل التاليف والباقي ، وهذا يتضمن أن يرجع في نصف العبد القائم الذي في يد المشتري ، ويضارب الغرماء بما يقابل نصف التاليف ، فيقع الرجوع في ربع الجملة ، وهو نصف العبد القائم ، وتقع المضاربة في ربع الثمن .

وهذا القول المترجم بالشيوخ اختيار المزنوي . وهو القياس . والقول الأول يشهر بقول الحصر<sup>(١)</sup> .

و سنذكر حقيقة الشيوخ في كتاب الصداق ، إن شاء الله تعالى .

### فصلٌ ثالثٌ

قال : « ولو أكره أرضاً ، فُلْسٌ ، والزرع بقلٌ في أرضه . . . إلى آخره »<sup>(٢)</sup> .

٣٨٩٤ - إذا أكره أرضاً مدة ، ولم يقبض الأجرة ، وسلم الأرض ، ثم أفلس المكتري ، فالمكري في بقية المدة بمثابة البائع الواحد لبعض المبيع بعينه ، والمنافع في المدة الماضية مستوفاة فائته ، فلا يتوقع الرجوع فيها ، والمنفعة الباقة بمثابة بعض المبيع ؛ فللمكري أن يفسخ الإجارة في بقية المدة ، ويرجع إلى قسط / من الأجرة ، في ٢٢٥ ش مقابلة المنافع المستوفاة .

هذا هو المنصوص عليه ، وهو الذي قطع به جماهير الأئمة .

٣٨٩٥ - وحكى صاحب التقريب قوله<sup>(٣)</sup> غريباً أنه لا يثبت الرجوع بالمنافع ، ولن يست كالأعيان ؛ فإن الوجود لا يتحقق فيها ، وإنما الرجوع في الأعيان القائمة ، فلا

(١) في (ت٢): «يشهد لقول الحصر» .

(٢) ر . المختصر : (٢٢١/٢) .

(٣) (ت٢) : وجهاً .

مرجع<sup>(١)</sup> للمكري إلا إلى المضاربة بالأجرة المسممة ، ثم تلك المنافع في بقية المدة ينبغي ألا تضيع ، ولكن تكرى الأرض في بقية المدة ، وتصرف أجرتها إلى ديون المفلس .

وهذا القول وإن كان يتجه بعض الاتجاه ، فليس معدوداً من متن المذهب .

فنعود إلى التفريع على النص ونقول :

٣٨٩٦- إذا أراد الرجوع إلى المنفعة في بقية المدة ، فالوجه تقويمها فيما يبقى من الزمان ، حتى إذا ثبت مقدار أجرتها ، قيس بمقدارأجرة المثل للمنفعة الماضية ، ثم يقع التوزيع على المبلغين ، فيأخذ المنفعة الباقية بما يساويها من الأجرة المسممة ، المنسوبة إلى أجرة المثل ، ويضارب بما يقابل أجرة المنفعة الماضية من الأجرة المسممة . ولا تعوיל على زمان ؟ فإن الأوقات ليست معقوداً عليها ، وإنما المعقود عليه المنافع الواقعة فيها ، فهي لها ظروف مقدرة ، كالآصع والمكاييل للمكيلات ، ومبالغ الأجر تتفاوت بكثرة الراغبين وقلتهم ، فيعتبر ذلك ، لا الزمان نفسه ، وقد تقع المنافع في الزمان الماضي وفي المستقبل في مواسم الرغبات ، فالمسكن في موسم الحج قد يكتري بالمائة ، وأيام الموسم شهر أو أقل ، وذلك المسكن يكتري في طول السنة عشرة ، فلا بد من اعتبار هذا . وسنصفه إن شاء الله تعالى .

٣٨٩٧- ولو كان أكرى [أرضا]<sup>(٢)</sup> وسلّمها ، فزرعها المكري ، وفلّس ، واختار المكري الرجوع إلى المنفعة في بقية المدة ، فليفعل ذلك ، وليفسخ الإجارة ، ولا سبيل إلى [قلع]<sup>(٣)</sup> الزرع ؛ فإنه زرع بحق الملك . ولا يجوز للمكري القلع بشرط ضمان التقصان ، بخلاف ما ذكرناه في الغراس والبنيان . والسبب فيه أن الغراس والبنيان لا يتهمان إلى أمد في الزمان ، فلم يبعد التسلیط فيهما على القلع بشرط الضمان ، والزرع له أمد معلوم .

(١) (ت٢) : فلا يرجع المكري .

(٢) ساقطة من الأصل .

(٣) في الأصل : بيع .

وأقرب المسالك في استدارك الحقوق جُمَع تبقيه الزرع . ثم فائدة فسخه الإجارة أنه يرجع إلى أجرا المثل للمدة الباقية ، لا يضارب بها ، بل يقدّم بها ، كما نقدّم من تعامل بعد الإفلاس معاملة تلقي باستصلاح أموال المفلس ، فيرجح بأجرة المثل فيما بقي من المدة مقدّماً بها ، ويضارب بأجرة مثل ما سبق من المنافع الغرماء .

٣٨٩٨- وقد ذكرنا أن من باع أرضاً وسلمها ؛ فزرعها المشتري ثم أفلس ، ورجع البائع إلى عين الأرض ، فالزرع يبقى إلى الحصاد ، كما ذكرناه ، ثم لا يرجع البائع بأجرة مثل الأرض في تلك المدة ، وفرقنا بين الشراء والاكتراء ، بأن المكري خاض في العقد على ضمان المنافع ، والمشتري لم يخض على ضمان المنفعة . لهذا ما ذهب إليه جميع الأصحاب .

٣٨٩٩- وحكي صاحب التقريب قوله مخرجاً عن ابن سريح في أن البائع إذا فسخ البيع ، ورجع في المبيع<sup>(١)</sup> ، استحق أجرا المثل / لبقية المدة ؛ فإن الأرض انقلبت إلى ٢٢٦ ملكه ، والمنافع المحتسبة بسبب إبقاء الزرع تالفة من حقه وملكه ، فلتضمن له .

وأقرب نظير في هذا أن المشتري لو بني وغرس ، فأراد البائع الراجع في المبيع أن يُبقي البناء والغراس ، ويلزم المفلس أجرا المثل مدة بناء البناء ، فله ذلك ، وهذا أجرا منفعة في عاقبة بيع فسخ بالإفلاس ، فلا فرق بين منافع الأرض في مدة الزرع وبين منافعها في آمادٍ من البناء ، إلا أنَّ لإحدى المنفعتين أمداً محدداً .

وهذا منقادٌ بالغ .

ولكن المذهب المشهور ما ذهب إليه الجمهور ، من أن منفعة الأرض في مدة الزرع في صورة البيع لا تقابل بأجرة ، وتعتقد كأنها تابعة ، ومدة مهلة في تفريع المبيع .

٣٩٠٠- ثم ما ذكرناه من أن الزرع لا يقلع عَنِّيْنا به أن المكري لا يملك القلع بحق الفسخ ، فلو طلب الغرماء القلع ليتعجلوا ميسور حقوقهم ، أجبوا . ولو كان المكري

(١) (ت ٢٤) : البيع .

من الغرماء بسبب المنفعة المستوفاة في الزمان الماضي ، فله المطالبة بالقلع لحق تعجيل الدين ، لا لحق الفسخ . وهذا مما سبق تقريره .

ولو اتفق الغرماء على التبقية ، واحتياج إلى السقي ، والتعهد إلى الإدراك ؛ فإن طرئ الغرماء بهذا ، فلا كلام ، وإن أرادوا بذلك المؤنة على أن يقدّموا بها ، ورضي المفلس ، واقتضت المصلحة ذلك ، أجيروا إلى هذا .

فلو فرضنا غريمين لا غير ، ثم قدّما المؤنة على نسبة حقيقهما ، فإن لم ينفع غريمُ غيرهما وحقوقهما تزيد على مبلغ المال ، فلا يظهر أثر تقديمنا للغريمين ما عجلاه من المؤنة ؛ فإن المال كلّه مصروف إلى حقوقهما . وإن فرض بُعدُ غريم ثالث ، فإذا ذاك يتبيّن أثر تقديمنا للغريمين بما عجلاه لمؤنة تبقية الزرع .  
وهذا واضح لا خفاء به .

### فصلٌ ثالثٌ

قال : « وإن باعه زيتاً فخلطه بمثله . . . إلى آخره »<sup>(١)</sup> .

٣٩٠١- إذا اشتري زيتاً وخلطه بما عنده ، لم يخل : إما أن يخلطه بجنسه ، وإنما أن يخلطه بما ليس جنساً له ، فإن خلطه بجنسه : إما أن يخلطه بمثله ، أو أرداً منه ، أو أجود منه ، فإن خلطه بزيتٍ مثله ، أو أرداً منه ، فظاهر النص أن بايع الزيت واجد عين ماله ، وسبيل رجوعه إلى عين ماله القسمة فإن كان الخلط بالمثل ، وكان خلطه مكيلة بمكيلة ، فالقسمة على السوية .

وإن خلطه بأرداً منه ، فالقسمة على السوية أيضاً .

ثم إذا ردّنا من هذا المختلط مقدار المبيع إلى البائع ، فلا شك أن حقه ناقص ، ولكن ما لحقه من النقص ملحوظٌ بغيض يفرض طريانه . وإذا عاب المبيع ، ثم أفلس المشتري وأراد البائع الرجوع إلى عين المبيع ، فيلزمـه أن يقنـع بالـمبيع معـيـاً . ولا يرجع بأـرشـ .

(١) ر . المختصر : ( ٢٢١ / ٢ ) .

وهذا كلامٌ مِنَ مُبْهِمٍ في صدر الفصل ، ولا ينتجز الفصل إلا بعد انكشاف الغطاء ، إن شاء الله تعالى .

هذا إذا كان الخلط بالمثل أو الأرداً .

٣٩٠٢ - فاما إذا خلط المشتري الزيت بزيت - عنده - أجود<sup>(١)</sup> ، فهل يكون البائع واجداً عين ماله ؟ تردد قول الشافعي فيه ، فقال في أحد القولين : إنه واجد كما إذا وقع الخلط / بالمثل أو الأرداً ، وكما لو باع ثوباً فصبغه المشتري فبائع الثوب واجد<sup>(٢)</sup> عين ٢٢٦ ش ماله ، وإن اتصل به عين مال المشتري اتصالاً لا يقبل التمييز ، على ما سندكر هذا على الاتصال بهذا الفصل .

وقال في القول الثاني : البائع فاقدٌ - في الحكم - عين المبيع . قال الشافعي : لأن الذائب إذا اختعلط بالذائب ، انقلب . وأشار إلى أن عين المبيع لا يمتاز أصلاً ، ولا يتأنى امتيازه حسأً ودركاً . وليس كالثوب يُصبغ ، والسوق يُلْت بالسمّن ؛ فإن أحد الجوهرين ممتازٌ في الدرك .

ثم إن أصحابنا لما رأوا الشافعي يتعلّق بانقلاب الذائب ، انعكسوا على الخلط بالمثل والأرداً ، فرأى بعضهم أن يخرج فيما مضى قوله أن البائع فاقدٌ عين ماله ؛ فإن المبيع لا يأتي تميّزه فصلاً ، ولا دركه على التعين . وقد ذكرنا أن من اشتري حنطة ، فانتالت عليها حنطة أخرى للبائع قبل التسليم إلى المشتري ، فهل يُقضى بانفساخ العقد ؟ فعلى قولين . وإذا كان نجعل الاختلاط في قول بمثابة تلف المبيع ، فلا يبعد أن يجعل الاختلاط بالمثل في يد المشتري بمثابة التلف .

ومن أصحابنا من أجرى الخلط بالمثل والأرداً على القطع ، وخصص القولين بما إذا كان الخلط بالأجود . وهذا ظاهر النص ، ومقتضى نظم كلام الشافعي . ويبعد عن موافقة مراده أن نقول : ما فصله ، ثم قطع جوابه في بعض التفاصيل ، وردده في البعض لا فرق فيه .

وهذا إن قيل به رد لكلام الشافعي ، وإبطال لتقسيمه وتفصيله .

(١) في (ت) : « أجود عنده » .

(٢) في الأصل : واجداً .

٣٩٠٣- ونحن نذكر تنبئهاً على قواعد في الخلط ، فنقول :

أما فرض الاختلاط في البيع قبل القبض ، فإنَّه جارٍ في ملكٍ غير مُفضٍ إلى القرار ، وهو عرضة لانقلاب إلى البائع ، فإنَّ تردد القول ، وتمثل في انفساخ العقد عند اختلاط المبيع بمثله ، [فسبيه]<sup>(١)</sup> ما ذكرناه .

ولو كان للرجل ملكٌ مستقرٌ في شيء دون شيء من ذوات الأمثال ، [فاختلط]<sup>(٢)</sup> به ملكٌ لغيره مثلٌ له ، وليس بينهما عقد يُفسخ ، فالوجه قسمة ذلك المختلط بينهما ، لا طريق غيره . وليس في هذه الواقعية عقد يتوقع رفعه ، بل الاختلاط في المثلثيات يصير بمثابة الشيوع في الملك ، فلا فرق بين أن يرث رجالان صاعين من الحنطة في أن طريق التفاصيل القسمة ، وبين أن يختلط صاع لأحدهما بصاع آخر ؟ ولهذا صحت الخلطة في المثلثيات عمدةً للشركة ، كما سنصف ذلك في قاعدة الكتاب ، إن شاء الله تعالى .

وإذا باع شيئاً من ذوات الأمثال ، فخلطه المشتري بجنسه ، فهذا خلط في معقودٍ عليه ، جرى بعد قرار الملك ، ولكن طريان الإفلاس يسلط البائع على الرجوع في المبيع ، فكان على مخالفه المبيع قبل القبض ، ولم يكن أيضاً كاختلاط ملك بملكٍ من غير فرض عقد ؛ فإنَّ البائع إنما يرجع في المبيع لمكان البيع الذي جرى . وهذا يقتضي أن يرجع فيما كان مورداً للعقد . فالحق بعض الأئمة الخلط كيف فرض بالخلط قبل القبض ، حتى يتردد القول في الخلط بالمثل والأجود والأرداً .

والوجه في المذهب ألا يُقضى بأنَّ الخلط في عينه يؤثر ، من قبل أنه جرى في ملكٍ مستقر ، ولكن إن أمكن فرض الرجوع من غير تعذر ، لزم إثباته ، وتنزيل الأمر على التفاصيل الذي يجري بين الملكين إذا اختلفا . وإن فرض تعذر في طريق الرجوع كما /  
ي ٢٢٧ سنصفه في الخلط بالأجود ، فينشأ منه تردد في أنَّ البائع هل يكون واجداً عين ماله ؟ وسبب التردد تعذر تصوير الرجوع إلى المقدار المبيع . وهذا إنما يتبيّن بالتفريع . فهذا بيان قاعدة الفصل ، في الفرق بين الخلط بالمثل ، والأرداً ، والأجود .

(١) في الأصل : سبيه .

(٢) في الأصل : فالخلط .

٤-٣٩٠٤ عُدنا إلى التفريع على القولين في الخلط بالأجود ، فنقول :

لو كان الزيت المشترى يساوي درهماً ، وقد خلطه بمقدارٍ من الزيت الجيد مثل مقدار المبيع ، ولكن كان قيمةُ الجيد درهرين . فإن قلنا : لا يكون البائع واجداً عين ماله ، ضارب بالثمن ، وكان أسوة الغرماء . وإن جعلناه واجداً عين ماله ، ففي طريق إيصاله إلى حقه من عين المبيع إذا اختار فسخ البيع قولان : أحدهما - أن الزيتين يتعان ، ويوزع الثمن بالغاً ما بلغ على الثالث والثلثين . وهذه النسبة مأخوذة من تفاوت القيمتين . لهذا قول .

والقول الثاني - أن الزيت المختلط يقسم بين البائع والمشترى على نسبة القيمة ثلثاً وثلثين ، فإن كان المقدار المختلط مكيلتين ، قسمناها ثلثاً وثلثين ، فردنا إلى البائع ثلثي مكيلةٍ ، وبقيَّنا على المشترى مكيلةٍ وثلثاً ، يضطرب فيها غرماؤه .

٥-٣٩٠٥ فإن قيل : هذا صورة الربا ؛ فإنه سلم مكيلةً ، وألزمته الاكتفاء بثلثي مكيلةٍ ، قلنا : هذا القول يخرج على أصلين : أحدهما - أن القسمة إفراز حق ؛ فإننا لو قدرناها بيعاً ، فلا مجاز لهذا ؛ إذ حقيقته مقابلة مكيلة ببعضها ، ثم لا تخرج القسمة مع التفريع على أنها إفراز حق إلا على أصلٍ آخر ، وهو أن القسمة التي تبني على تعديل القيمة ، لا على تسوية الأجزاء ، هل يقع الإجبار عليها ؟ وهي كفرض قسمةٍ بين عبيد ودورٍ وغيرها . بأن تفصل أقساماً معدلة القيم ، فتوقع العبيد مثلاً في قسم ، والثياب في آخر ، والدور في آخر ، على ما يتفق من ضم بعض الأصناف إلى البعض ، فهذا الضرب من القسمة هل يجري الإجبار فيها ؟ فعلى قولين ، سنذكرهما في كتاب القسمة .

فإن رأينا الإجبار على مثل هذه القسمة ، واعتقدنا أن القسمة إفرازاً ، انتظم منه قسمة الزيتين على تعديل القيمة ، من غير نظر إلى الجزئية . أما الربا ، فلا يلزم القول به ، لمصيرنا إلى أن القسمة ليست بيعاً ، وأما الإجبار من غير جزئية تعوياً على التعديل بالقيمة ؛ فإنه خارج على الأصل الآخر الذي ذكرناه .

٦-٣٩٠٦ فإن قيل : هلا قسمتم الزيت بين البائع والمشترى نصفين ، وألحظتم ما ثبت من المزية بسبب الخلط بالأجود بالزيادات المتصلة ، ولو باع الرجل عبداً صغيراً ، فشبَّ ويفعَ في يد المشترى ، وتضعفت قيمته ، فالبائع يرجع في عينه ؟ قلنا :

لا سبيل إلى ذلك؛ فإن عين ملك المشتري اتصل بالمبيع، فإلحاقه بالزيادات المتصلة لا وجه له. وما كان المشتري معتمدياً فيما فعل، فتخسيسه وضم ماله إلى مال الراجع محال. فلا وجه مع القول بكون البائع واجداً عين ماله إلا ما ذكرناه من القولين في كيفية الرجوع.

والأصح أنه يباع الزيتان، ويقسط الثمن على القيمتين؛ فإن القسمة على مخالفة الجزئية تقع على صورة الربا، وإن تكفلنا له تخريجاً على الأصلين، والشرع حرم مقاولة المطعم بمثله، وبأكثر من مثله، لا لاسم البيع، فلتحرم المقابلة على نعت ش ٢٢٧ المفاضلة كيف / فرضت.

٣٩٠٧ - وذكر صاحب التقريب تصرفاً عن ابن سريح في خلط الزيت بالأردا، وذلك أنه قال: إذا كنا نرعاى مقدار قيمتي الزيتين عند التفاضل في العين، أو عند البيع، وقد اتفق الخلط بالأجود، فيجب سلوك هذه الطريقة في الخلط بالأردا، حتى يقال: إذا كان [قيمة]<sup>(١)</sup> الزيت المبيع درهماً وزيت الذي خلطه المشتري به درهماً، فيتجه قولان: أحدهما - أنه يباع المختلط، ويصرف ثلثا الثمن إلى البائع. والثاني - أنه يقسم الزيتان على هذه النسبة، فيصرف ثلثاه إلى البائع، ويبقى <sup>وُهُنَّ</sup> للمشتري؛ فإنه إذا قسمنا الزيتين نصفين، واعتقدنا الرداءة التي لحقت الزيت المبيع عيناً سماوياً، لزمنا أن نعتقد الجودة التي لحقت في الخلط بالأجود زيادةً متصلة. هذان ما يقتضيه الإنصاف والنظر للجانبين.

٣٩٠٨ - ومن صار إلى طريقة الجماهير، ففصل بين الجانبيين بأن المشتري تصرف بحق، ورجوع البائع إلى عين المبيع ليس ضربة لازب، فلا يجوز أن تعتبر جانب الراجع بجانب المشتري، بل لا يبعد أن يقال للبائع: إما أن تقنع، وإما ألا ترجع أصلاً، فاما أخذ عين من مال المشتري ليستمر للبائع رجوعه، وهو نقض لبيع لزم، فهذا لا سبيل إليه.

هذا متنه القول في المسألة .

٣٩٠٩ - وكل ما ذكرناه فيه إذا وقع الخلط بجنس المبيع، فأما إذا وقع المزج بما

(١) ساقطة من الأصل .

لا يجанс المبيع ، فلا يخلو: إما أن يختلط اختلاطاً لا يبين [معه]<sup>(١)</sup> في الحس لمدرك ، وإما أن يتميز المبيع في الحس للمدرك ، وإن عسر تمييزه فعلاً . فأما إذا تحقق الاختلاط ، وعسر الميّز والدرك ، مثل أن يختلط الزيت بدهن البان ، أو الشيرج ، فهذا اختلاط مع اختلاف الجنس وتعذر التمييز بالفعل والدرك . فقد ذهب جماهير الأصحاب إلى القطع بأن البائع فاقدٌ لعين ماله ، بخلاف ما إذا اتحد الجنس ؛ فإن القسمة يمكن فرضها مع اتحاد الجنس ، ولا يمكن تقديرها ، والجنس مختلف .

وهذا ينقدح فيه احتمال ظاهر ، مع تتحقق وجود المبيع ، وإمكان بيع المختلط ، فالوجه أن نقول : إذا جعلنا سبيلاً إيصال البائع إلى حقه في الخلط بالأجود بيع المختلط ، وفضَّل الثمن ، فهذا ممكن و<sup>(٢)</sup> الخلط بغير الجنس .

٣٩١٠ . وإن قلنا الطريق في إيصال البائع إلى عين حقه القسمة ، فالقسمة عشرة مع اختلاف الجنس ، وقد ينقدح للفطن تخريجاً على قسمة التعديل ؛ فإن هذا المنهج إذا احتمل مع التفاوت في المقدار نظراً إلى التعديل ، لم يبعد ذلك مع اختلاف الجنس . وهذا لعمري محل النظر ؛ فإن قسمة التعديل في الأجناس المختلفة إنما تجري بسبب ثبوت الشيوع في كل جنس ، فيقع التفاصيل بالتعديل من جهة القيمة . ولم يكن للمشتري قبل الشراء في الزيت شِرْك<sup>(٣)</sup> ، ولم يكن للبائع في البان شِرْك ، وهذا يعارضه زيادة المقدار ، أمّا تخريجه على قول البيع وفضَّل الثمن ، فظاهر لإدراكه .

والذي يغضد ذلك القسم الثاني ، وهو إذا خلط المبيع بجنسٍ يخالفه ، وكان متميزاً في الذِّرْك والإحساس . مثل أن يشتري صِبغاً ويصبغ به ثوباً عنده ، أو يشتري ثوباً ويصبغه بصبغة عنده ، فقد تتحقق الاشتباك بين المبيع وغيره ، وأجمع الأصحاب على أن البائع واجدٌ لعين ماله . هذا متفق عليه .

ولا فقه في إمكان الرؤية<sup>(٤)</sup> بعدما تتحقق تعذر / التمييز بين الثوب والصبغ المعقود . ٢٢٨ ي

(١) ساقطة من الأصل .

(٢) الواو هنا واؤ الحال .

(٣) شِرْك : نصيب .

(٤) في الأصل : إمكان الرؤية مع الرؤية .

ثم سبيل إيصال البائع إلى حقه بيع الثوب المصبوغ ، وقسمة الثمن على قيمة الثوب والصبغ ، كما سندكره بعد هذا في مسائل الكتاب ، إن شاء الله تعالى .

ولو اشتري سوياً ولته بسمن عنده أو على العكس ، والسمن باد على السوق حسناً ، فهو ملتحق بصبغ الثوب . وسيأتي إن شاء الله متصلة بهذا .

وقد نجزت أطراف المسألة ، ولم يبق فيها للناظر مضطرب إلا فيما أصفه : فأقول :

٣٩١١- لو اشتري مائة من زيت ، وخلطه بربع رطل عنده ، أو أقل على شرط أن يكون متمولأ ، والغرض بالتصوير أن يفرض كون الأكبر غامرا للأقل ، وكون الأقل مستهلكا فيه حسناً .

وهذا يحسن تصويره على قولنا : إن الاختلاط يلحق المبيع بالمحظوظ والمعدوم .

إذا كان المبيع كما وصفناه ، كيف السبيل ؟

قلنا : إن كان ذلك المقدار التزرا بحيث لا يبين له أثر من طريق القدر ، وذلك بأن يفرض وقوع مثله بين الكيلين والوزنين . فإن كان كذلك ، فالوجه عندي القطع بكون البائع واحداً عين ماله ، ولا يحيط حق المشتري مع ذلك ، ففرد عليه مقدار ما خلطه .

٣٩١٢- فإن كان هذا المقدار التزرا مبيعاً ، وكان الأكثر للمشتري ، فالظاهر عندي القطع بكون البائع فاقداً ، ولا يبعد خلاف ذلك .

أما وجه الظهور ، فلأن مثل هذا المقدار لا يشيع في المقدار الكبير ، ولا يثبت على الانبساط في الجميع ، وليس كذلك إذا كان المبيع مقداراً يبتئأ يظهر اختلاطه ؛ فإنه إذا رجع لابد وأن يرجع إلى شيء من عين ماله . فلا يبعد أن يقال : هو واحد ، ثم يسلم إليه مقدار المبيع من المختلط .

٣٩١٣- فإن كان الخلط بالأجود ، فعلى ما يقتضيه القولان ، والتفریع عليهم . وإن كان المقدار التزرا بحيث يبين من الكيلين والوزنين ، ولكنه مغمور بالمقدار الكبير ، فيجوز أن يخرج على التفاصيل المقدمة ، حيث لا غم ، ويجوز أن يرتب على ما تقدم . وتجعل هذه الصورة أولى بأن يكون البائع واحداً إذا كان نصيبه كثيراً غامراً ، ويجعل أولى بالفقدان إذا كان نصيبه مغموراً .

هذا متنه الفصل ، والله أعلم .

## فصل

قال : « وإن كان حنطة ، فطحنتها ، ففيها قولان . . . إلى آخره »<sup>(١)</sup> .

٣٩١٤- هذـا من الفصول المـنـعـوـتـة في الـكـتـاب فـلـيـخـضـ النـاظـرـ فـيـهـ عـلـىـ أـنـأـ مـسـتـعـيـنـاـ بـالـهـ تـعـالـىـ . وـسـبـيلـ بـيـانـ مـضـمـونـهـ أـنـ نـطـرـدـ ماـ ذـكـرـهـ الأـصـحـابـ مـرـتـبـاـ عـلـىـ أـحـسـنـ مـسـاقـ ،ـ ثـمـ نـنـعـطـ عـلـىـهـ ،ـ وـنـتـدـارـكـ مـوـاـقـعـ الـإـشـكـالـ ،ـ فـنـكـوـنـ جـامـعـيـنـ بـيـنـ النـقـلـ ،ـ وـبـيـنـ حلـ الـمـعـوـصـاتـ ،ـ فـلـيـقـعـ فـيـ اـبـتـدـاءـ الـفـصـلـ [ـ طـرـفـ]<sup>(٢)</sup> مـنـ حـكـمـ الصـبـغـ ،ـ ثـمـ نـبـنـيـ عـلـيـهـ مـاـ عـدـاهـ ،ـ ثـمـ نـخـتـمـ الـفـصـلـ باـسـتـقـصـاءـ الـقـوـلـ فـيـ الصـبـغـ ،ـ فـنـسـأـلـ اللهـ تـعـالـىـ التـأـيـيدـ وـالـتـوـفـيقـ .ـ

٣٩١٥- فإذا اشتري الرجل ثوباً وصبغه بصبغ من عنده ، فالصبغ عين مال المشتري الأحقه بالثوب المشتري ، فإن لم بين مزيد في قيمة الثوب ، وانعقد الصبغ عليه ، وعسر التمييز ، فالصبغ ضائع . وذلك<sup>(٣)</sup> إذا اشتري ثوباً بعشرة ، وصبغه بصبغ يساوي درهماً ، فإذا [كان]<sup>(٤)</sup> الثوب مصبوغاً يساوي عشرة ، فنقول : ضاع الصبغ للمشتري ، ويرجع / البائع إلى الثوب المصبوغ . اتفق الطرق عليه . والسبب [فيه]<sup>(٥)</sup> أنه لو صبغ ٢٢٨ ش بشيء لا قيمة له ، وليس مما يتمول ، فلا يخفى أنه لا وقع ، ولا أثر لما استعمله في الثوب ، فكذلك إذا لم [يُق]<sup>(٦)</sup> للصبغ قيمة ؛ فإنه كان ملاً قبل الاستعمال ، والآن صار في حكم الصفة للثوب ، ولم يظهر له في الثوب قيمة ؛ ولأنه صار بالاستعمال غير متمول .

وإن ظهر مزيد في قيمة الثوب ، فصاحب الصبغ شريك في الثوب . وإذا بيع الثوب ، قُسِّط الثمن كما سنوضح تفصيله . وليس الكلام في الصبغ من غرضنا الآن .

(١) ر . المختصر : ٢٢١/٢ .

(٢) في الأصل : طرفا .

(٣) أي ومثال ذلك .

(٤) مزيدة لاستقامة العبارة .

(٥) ساقطة من الأصل .

(٦) في الأصل : (يُقْنَى) بدون حذف حرف الملة . والمثبت من (ت ٢) .

وإنما ذكرنا هذا المقدار ليبين للناظر كون الصيغ عيناً .

٣٩١٦ - ونحن نبني الآن عليه القِصارَة<sup>(١)</sup> في الثوب وما في معناها .

فإذا اشتريَ رجل ثوباً على البَت<sup>(٢)</sup> ، وقصره ، ثم أراد البائع الرجوع في الثوب ، فالذى أطلقه الأئمة في صدر الفصل أن قالوا : القِصارَة في الثوب ، والطحن في الحنطة ، وما في معنى هذين أثْرَ في الثوب أم عين؟ فعلى قولين : أحدهما - أنه أثر . والثانى - أنه عين ، هكذا عبر الأئمة عن القولين .

وقد ذكرنا أنا نسوق ترتيب الأصحاب ، ثم نعطف على موضع الإشكال .

٣٩١٧ - والقدر الذي يلوح به القولان ويعلقان بالفهم إلى تمام البيان : أنا إن قلنا : هذه الصفات آثار ، فلا حكم لها ، ولا تعلق بها ، ومن له الاستحقاق في العين على استحقاقه ، لا يزاحم فيها .

وإذا قلنا : هذه الصفات أعيان<sup>\*</sup> ، أردنا أنها كالأعيان المشابكة للموصفات بها ، كالصيغ في الثوب ، والسمّن في السوق ، وما في معناهما . ومن حُكم هذَا القول أن يصير محصل هذه الصفة شريكًا في الثوب ، كمالك الصيغ .

فإذا ظهر المراد من رسم القولين ، فهذا القولان لا يجريان في جملة الصفات المتتجددة ؛ فإن السّمن ، وكبر الغلام وإرقال<sup>(٣)</sup> الشجر زوائد متصلة ، لا حكم لها ؛ فقال الأئمة : القولان يجريان في كل صفةٍ تحدث في العين ، يتسبب إلى تحصيلها بفعلٍ يجوز الاستئجار عليه ، وتعذر<sup>(٤)</sup> الصفة من آثار الفعل ، ثم لابد من ظهور الصفة . فلو استأجر المشتري من يحفظ الدابة المشترأة ، ويسوسها ، فهذا فعل يجوز الاستئجار عليه ، ولكن لا تظهر منه صفة في الدابة ، فإن هي كبرت ، فللترقي في السن ، وإن سمنت ، فمن العلف . والقصارة أثر يوقعه فعل القصار في الثوب ، وكذلك الطحن في الدقيق .

(١) القصارَة : اسم للحرفة من قصرتُ الثوب قسراً : بيضته . (المعجم) .

(٢) على البَت : أي على طبيعته وهيئته . فالبَت : كساء غليظ من صوف أو وبر . (المعجم) .

(٣) إرقال الشجر : استطالته من أرقلت النخلة : طالت (معجم) . وفي (ت٢) : أوراق .

(٤) (ت٢) : وقدر .

ويتصل بذلك ما يتعلق بالأخلاق كارياض الدابة ، وتعلم العبد الحرف ، فلتتحقق الأخلاق بالصفات التي تحسن .

هذا بيان محل القولين .

- ٣٩١٨- ثم فرع الأصحاب في غير المفلس على القولين ، ثم اندفعوا في تفريع أحكام المفلس . فمما فرعوه في غير المفلس أن القصار المستأجر على القصاراة ، إذا قصر الثوب ، أو طحن الطحان البُرّ ، فهل يثبت للصاغ حبس محل صُنعه ، حتى يحبس القصار الثوب ، والطحان الدقيق إلى أن يتوفَّر عليه الأجرة ، حبس البائع المبيع - إن رأينا له الحبس - إلى توفية الثمن ؟ هذا يُخرج على القولين في الأثر والعين .

فإن جعلنا هذه الصفات آثاراً ، فلا يجوز للعملة حبس محل العمل بسبب الأجرة . وإن جعلناها أعياناً ، فالعملة في حبس محل العمل كالبائع في حبس المبيع .

- ٣٩١٩- ومما فرعوه أن العامل إذا وفَّى عمله ، وأثبتت الصفة المطلوبة في محلها ، فلو تلف محل العمل في يده قبل تسليمه إلى المالك ، فهذا [يتفرع<sup>(١)</sup>] على الأثر والعين . فإن جعلنا القصاراة أثراً ، فللعملة أجورُهم ، وهي<sup>(٢)</sup> لا تسقط / بسبب تلف ٢٢٩ المحال في أيديهم . وإن قلنا : إنها أعيان ، سقطت أجورهم ، كما تسقط الأثمان بتلف الأشياء المبيعة في أيدي البائعين .

هذا ما فرعه الأصحاب على القولين في حق غير المفلس .

- ٣٩٢٠- ثم اندفعوا في تفريع حكم المفلس ، فصوروا فيه صورتين : إحداهما - لا يتعاطى القصاراة بنفسه ، ويحصلها بعمل أجير ، ويوفي أجنته قبل التفليس ، ثم يُفلس ، فهذا صورة . وسنذكر الأخرى إذا نجز الكلام في الأولى .

فإذا جاء بائع الثوب ، فصادفه مقصوراً ، فهذا يفرع على الأثر والعين . فإن جعلنا القصاراة أثراً ، فإن البائع [أحق]<sup>(٣)</sup> بالثوب ، ولا حكم للقصرارة ، وهي نازلة متزلة

(١) في الأصل : متفرع .

(٢) (ت ٢) : فهي .

(٣) مزيدة لرعاية السياق ؛ حيث سقطت من النسختين .

الزوائد المتصلة . هذا اختيار المزني . والتمسك بالزوائد المتصلة احتجاجه .

٣٩٢١- وإن حكمنا بأن القِصارة عين ، فهي في معنى الصبغ ، فنقول : إن كانت قيمة الثوب بعد القِصارة كقيمتها<sup>(١)</sup> وهي على البت ، فلا شركة للمفلس في الثوب والقصارة مُنْمَحَّة<sup>(٢)</sup> . وقد ذكرنا ذلك في الصبغ المنعقد ، وهو جرْمٌ على التحقيق .

فأما إذا زادت قيمة الثوب بسبب القِصارة التي حصلها المفلس ، فهو شريك بمقدار الزيادة : يُباع الثوب ويقسم الثمن على قيمة المِلْكِيْنِ : الثوب والقصارة ، فلو كان الثوب يساوي على البت عشرة ، وهو يساوي مقصوراً خمسة عشر ، فالقصارة قيمتها خمسة ، فإذا بيع الثوب بخمسة عشر ، فالعشرة مدفوعة إلى البائع ، والخمسة إلى المشتري ، يقتسمها الغرماء .

فلو لم يتفق بيعُ الثوب حتى ارتفعت القيمة إلى ثلاثةين ، فيضعف حق البائع والمفلس ، والقسمة على نسبة الثالث والثلثين : للبائع عشرون ، وللمفلس عشرة بين غرمائه .

٣٩٢٢- ولو عهدنا الثوب بخمسة عشر على الترتيب الذي ذكرناه ، الثوب عشرة ، والقصارة خمسة . ثم انحطت قيمة الثوب بالسوق إلى عشرة ، فهي مقسمة بين البائع والمفلس ثلثاً وثلثين . فینقص<sup>(٣)</sup> حق كل واحد بانحطاط السوق .

وإنما يظهر التصوير بما نذكره ، فنقول : كان الثوب على البت عشرة ، والنقصان خمسة . والآن يوجد ثوبٌ على البت بستة دراهم وثلثي درهم ، والقصارة في مثله لا يساوي إلا ثلاثة وثلثاً . فهذا معنى الانحطاط .

وليميز الناظر هذا عما قدمناه من أن القِصارة قد تتحقق في الثوب بألا يزيد في قيمته شيئاً ، وذلك بأن يكون الثوب على البت والثوب المقصور متساوين في القيمة . والذى ذكرناه أخيراً فرض نقصان في [قيمة]<sup>(٤)</sup> جوهر الثوب ، وصفة القِصارة .

(١) كذا : بضمير المؤنث .

(٢) (ت ٢) : متحققة .

(٣) (ت ٢) : فينحط .

(٤) زيادة من (ت ٢) .

٣٩٢٣- ولو ارتفعت قيمة الثوب دون القصارة ، فالزيادة للبائع ، ليس لصاحب القصارة فيها شيء . وبيان ذلك أن الثوب على البت كان عشرة ومع القصارة خمسة عشر . والآن صار الثوب على البت يشتري ، بخمسة عشر ، وهذا المقصور يشتري بعشرين ، فالقصارة ما ازدادت قيمتها ، وإنما الازدياد في جوهر الثوب . لا جرم نقول : يصرف إلى البائع من العشرين خمسة عشر ، ويصرف إلى صاحب القصارة خمسة ، بلا مزيد .

٣٩٢٤- ولو فرض الارتفاع في القصارة ، فالزيادة الحاصلة من أجلها مصروفة إلى صاحب القصارة . وتصوير ذلك أن الثوب [المقصور]<sup>(١)</sup> كان يساوي خمسة عشر على الترتيب الذي ذكرناه ، عشرة للثوب وخمسة للقصارة ، ثم صار هذا الثوب المقصور يساوي عشرين ، ونحن نجد ثوباً على البت مساوياً لهذا الثوب عشرة ، فنستبين أن الزيادة منحصرة في قيمة القصارة ، لا جرم نصرفها إلى مستحق القصارة ، ونبين الثوب بالعشرين ، فنصرف نصف الثمن إلى البائع ، ونصفه إلى المفلس يتضارب / فيه ٢٢٩ ش غرماً . ثم إذا تمهدت عندنا نسبة في قيمتي الثوب والقصارة ، فلو وجدنا زبوناً يشتري الثوب رغبة<sup>(٢)</sup> بأكثر من قيمته [بالقصارة]<sup>(٣)</sup> ، فالمأخذ منه مقتطع على النسبة التي تمهدت عندنا في القيمتين ، فالثوب الذي جعلناه نصفين ، وهو يساوي عشرين ، لو اشتراه راغب بثلاثين ، فللبائع من الثلاثين خمسة عشر ، وللمشتري خمسة عشر ، في الصورة الأخيرة .

ولا يخفى قياس الباب .

فلو قال قائل : إذا ارتفعت قيمة القصارة ، كما صورتم في الصورة الأخيرة ، فهلاً قلتم : يرجع من الزيادة شيء إلى بائع الثوب ؟ فإن القصارة ما قامت إلا بثوبه ، وهو حاملها ؟ فهلاً كانت القصارة كالبناء يُستَجْدِه المشتري في الأرض المشتراء ؟ قلنا : حقيقة هذه الصورة تحل هذا الإشكال ، وتدفع هذا السؤال ؟ فإننا في الأرض المبنية

(١) في الأصل : المصبوع .

(٢) (ت ٢) : برغبة .

(٣) زيادة من (ت ٢) .

لا نزيد لمالك الأرض على قيمتها بيضاء ، وقد تنقص ، على اختلاف ذكرناه للأصحاب في كيفية التوزيع . وإذا نحن وفينا مالك الثوب قيمة ثوبه على ما باعه من غير قصارة ، فطمعه في الزيادة والمشتري قصر بحق طمع في غير مطعم .  
هذا الذي ذكرناه كلام في إحدى الصورتين في المفلس .

**٣٩٢٥- الصورة الأخرى :** أن يسترثي ثوباً ، ويستأجر من يصره ، فيصره الأجير ، ولا يتوفّر عليه الأجرة ، ويُفلس المشتري ، فللأجير تعلق بالقصارة على قول العين ، فيزدح على الثوب القصار للقصارة التي حصلها ، وبائع الثوب . فنقول : إن حكمنا بأن القصارة أثر ، فلا أثر لها ، ولا حكم ، وبائع الثوب يرجع إلى الثوب المقصور ، ولا يُزاحم فيه ، والأجير أسوة الغرماء ؛ يضاربهم بالأجرة ، من غير تعلق بالعين<sup>(١)</sup> .  
وإن قلنا : القصارة عين ، فللأجير على الجملة تعلق ، فإن لم [يزداد]<sup>(٢)</sup> بالقصارة<sup>(٣)</sup> أولاً شيء في قيمة الثوب ، وكان الثوب مقصوراً يساوي عشرة ، ولو فرض على البَت ، لكان يساوي عشرة ، فالثوب مسلماً إلى البائع بلا زحمة ، وقد انمحقت القصارة ، وصارت مستهلكة .

فاما إذا زاد بالقصارة شيء ، فنقول : أجرة القصارة درهم وقيمة القصارة خمسة ، فالثوب على البَت عشرة ، وهو مع القصارة خمسة عشر ، فإذا بيع بخمسة عشر ، فالعشرة لبائع الثوب ، والدرهم للقصار ، يقدم به على الغرماء ، لتعلقه بعين القصارة ، وأربعة دراهم للمشتري يتضارب فيها غرماوه . هكذا نص الشافعي .

ولو استأجر الأجير بخمسة ، والثوب على البَت عشرة ، وهو بعد القصارة أحد عشر ، فإذا بعنا الثوب بأحد عشر ، سلمنا عشرة إلى مالك الثوب ، ودرهماً إلى القصّار - على قول العين - يقدم بها ، ويضارب الغرماء ببقية أجرته ، وهو أربعة .  
هذا تفريع الشافعي ، والأصحاب على قولي الأثر والعين . وقد تخطينا موقع الإشكال لإنتهاء الترتيب نهايته .

(١) (ت ٢) : بالثوب .

(٢) في الأصل : يزداد . والمثبت من (ت ٢) .

(٣) (ت ٢) : أولاً بالقصارة .

[و]<sup>(١)</sup> الآن نتعطف عليها بعد وقوع الإيناس ، وتتبع مظنة كل إلباس<sup>(٢)</sup> . ونبأ بخاتمة الكتاب .

٣٩٢٦ - فإن قيل : فرع الشافعي على قول العين ، فاقتضى ذلك أن يقال : ليس للقصار إلا القصارة ، إذا أراد التعلق بها ، ويلزم من مساق هذا أن نقول : إذا كانت قيمة القصارة خمسة ، وأجرة القصارة درهما<sup>(٣)</sup> ، فأراد الرجوع في القصارة ، فينبغي أن يفوز بقيمة القصارة ، وهي الخمسة بتمامها ، ولا نظر إلى أجوره ، نقصت ، أو زادت ؛ فإن الأجرة كالثمن ، والقصارة كالعين المبيعة . وقد قال الشافعي : إذا كانت الأجرة درهماً ، فليس للقصار إلا درهم ، وهذا ينافي التفريع على قول العين .

ثم تمام السؤال أن الأجرة لو كانت خمسة ، وقيمة القصارة درهم ، فإذا آثر القصار التعليق بالقصارة ، وجب ألا ثبت له إلا القصارة ، كالمبيع / إذا قلت قيمته ، وزاد مبلغ<sup>٤</sup> ٢٣٠ في الثمن عليها ، فإذا أراد البائع الرجوع ، لزمه الاكتفاء بالمبيع . وقد قال الشافعي : إذا كانت القصارة درهماً ، والأجرة خمسة ، أخذ القصار الدرهم ، وضارب بالأربعة الباقية . وهذا أيضاً يخالف قياس قول العين .

٣٩٢٧ - وقد اعتراض<sup>(٤)</sup> على كثير من الأصحاب الخروج عن عهدة هذا السؤال ، ولا يبين الغرض فيه إلا التصریح بحقيقة هذا القول ، وكنا لا نقدر على البوح به قبل الإحاطة بمجموع المسألة ، وتقسيمها<sup>(٥)</sup> . فالآن نقول : ليست القصارة على قول العين عيناً على الحقيقة ، مملوكة ، تباع وتشترى ، ويتصرف فيها بالرجوع والاسترداد حسب ما يتصرف في الأعيان . لهذا مجال تخيله مع العلم بأن القصارة صفة . والدليل عليه أن المشارك في الثوب بالقصارة ليس مالكَ عين ، ولو كانت القصارة عيناً ، للزم

(١) مزيدة من (ت ٢) .

(٢) إلباس : من أَبْيَسِ الأمر إذا أشكل عليه واشتبه واختلط (المعجم) ، وهي في (ت ٢) مصحفة إلى (الناس) .

(٣) خبر كانت المفهومة من العطف .

(٤) اعتراض : صعب وعسر .

(٥) في (ت ٢) : ونقائصها .

أن يقال : من غصب ثوباً وقصره ، وزادت قيمة الثوب بسبب القصارة ؛ فيصير شريكًا في الثوب ، كما لو صبغ الثوب بصبغٍ من عنده . وقد اتفق العلماء على أن الغاصب يصير شريكًا في الثوب إذا صبغه بصبغٍ من عنده ، ولا يصير شريكًا إذا قصره .  
فحاصل قولنا : «القارضة عين» أنها صفة مقصودة ، يتعلق بها العامل الموقع لها تعلق اختصاص كما يتعلق المرتهن بالرهن .  
هذا قولنا في الأجير .

أما إذا أضفناها إلى المشتري ، فله فيها حقيقة الاستحقاق ؛ لأنها وقعت في ملكه . وإذا تبين أن تعلق الأجير على النحو الذي ذكرناه ، فإن كانت الأجرة درهماً ، وقيمة القصارة خمسة ، فلا يزداد الدين بزيادة قيمة الرهن . وإن كانت الأجرة خمسة والقارضة درهماً ، فإذا صرفت القصارة إلى الأجرة ، كان ذلك كصرف الرهن إلى الدين . وإذا نقص ثمنُ الرهن عن مبلغ الدين ، فالفضل من الدين يبقى لا محالة .  
فتمهد مما ذكرناه أن القصارة ليست في حكم المملوكة للأجير ، وإنما تكون في حكم المملوكة للمشتري .

٣٩٢٨- وهل هنا الآن غلطتان نذكرهما ، لا ليتحققان بالمذهب ، ولكن ليتبين وجه الغلط : إحداهما - أن الأجرة إذا كانت درهماً ، والقارضة خمسة ، والثوب عشرة ، فقد ذكرنا من نص الشافعي أن الثوب إذا بيع بخمسة عشرة ، فللبايع الراجع عشرة ، وللأجير درهم ، وللمشتري أربعة . فلو زادت قيمة الثوب ؛ فاشتري بثلاثين ، قال شيخي في دروسٍ<sup>(١)</sup> : يتضاعف حق كل ذي حق ، فلصاحب الثوب عشرون ، وللأجير درهمان ، وللغرماء ثمانية . أما تضييف حق صاحب الثوب ، وتضييف حق الغرماء فيبيّن ؛ فإن الثوب ملك البايع الراجع ، والقارضة مستحقة للمشتري ، فارتفاع قيمة المستحق ليس بدعاً ، فأما تضييف الأجرة ، فلا وجه له ؛ فإننا ذكرنا أنه ليس مستحقة للقارضة ؛ إذ لو كان مستحقة ، لفاز بجميعها فوزَ البايع بجميع المبيع ، وإن ارتفعت قيمته . فالوجه القطع بأنه على [درهمه]<sup>(٢)</sup> ولكنه مقدم به لتعلقه بالعين كما يقدم

(١) كذا . ولعلها في دروسه .

(٢) في الأصل : درهم . والمثبت من (ت ٢) .

المرتهن بالدين الموثق بالرهن ، فذلك الدرهم إذا للمشتري ؛ فإنه من قيمة القصارة ، وليس للبائع إلا ثلثا الثمن ، وما سلم إلى القصار من حساب القصارة . فهذا غلطة .

٣٩٢٩- الغلطة الأخرى<sup>(١)</sup> ، وهي شائعة في ألفاظ الأصحاب ، ولا يتجه فيها احتمال ، وذلك أنهم قالوا في التفريع على قول العين : يفسخ القصار العقد ، ويرجع إلى القصارة ، ثم فصلوا المذهب . وهذا يعنيه مصير إلى أن القصارة هلكت<sup>(٢)</sup> من القصار ، وهي ترجع بالفسخ إليه . ولو كان كذلك ، لاستحق القصارة بكمالها [بالغة]<sup>(٣)</sup> ما بلغت قيمتها ، وليس الأمر كذلك ؛ فليس للقصر من القصارة إلا التوثق<sup>٢٣٠</sup> ش المحسض ، ولا معنى مع هذا الذكر للفسخ . نعم لو أراد المضاربة ، كان كالمرتهن يُبطل حق توثقه ويجعل نفسه مع الغرماء مضارباً ، ويسلم لهم محل تعلقه .

هذا تفصيل القول في ذلك ، والتبني على محل الإشكال والانفصال ، وإيضاح عثرات العاثرين .

٣٩٣٠- فإن قيل : أليس ذكر الأصحاب قبل الخوض في أحكام التفليس من هذا الفصل أن العامل يحبس الثوب المقصور حبس البائع ؟ قلنا : ليس ذلك بدعاً ، والمرتهن يحبس المرهون إلى توفير الدين عليه ، وحبسه أكد من حبس البائع .

إن قيل : إن كان كذلك ، فلا وجه لدفع قولهم : لو تلف الثوب في يد القصار ، سقط حقه من الأجرة ، كما يسقط الثمن بتلف المبيع قبل القبض ، ولو كان تعلق حقه على قياس تعلق حق المرتهن ، لما سقط حقه بتلف متعلقه ، كما لا يسقط [الدين]<sup>(٤)</sup> بتلف الرهن في يد المرتهن .

قلنا : هذا الآن يُحوِّلُنا إلى فن آخر من الكلام ، فنقول : سبب سقوط أجرته أنها نقدر القصارة كأنها جزء من عمله ، فإذا لم ينته إلى يد المستأجر ، وكان عمله بعد في ضمانه ، فإذا تلف الثوب ، سقطت الأجرة لذلك ، ولا تكون القصارة مملوكةً مبيعةً .

(١) (ت ٢) : الثانية .

(٢) (ت ٢) : ملكت .

(٣) ساقطة من الأصل .

(٤) زيادة من (ت ٢) .

هذا واضح . ولم يبق بعد هذا إشكال على ذي نظر .

٣٩٣١- وحان أن نخوض في فصل الصّبغ مشمرين مستعينين بالله تعالى ، فنقول أولاً :

إنما أخرنا طرف الصّبغ ، لأنّه يتعلق بما هو عين وفاقاً ، وهو جرم الصّبغ ، وإنما اختلف القول في أنه أثر أو عين فيما هو صنعة الصباغ المسمى الصّبغ . فإذا تمهد القول في محل الأثر والعين ، ينتظم بعد ذلك ما نحاول في هذا الفصل ، إن شاء الله تعالى .

فنقول :

٣٩٣٢- من اشتري ثوباً وصبغه بصبغ من عنده ، فالصّبغ القائم في الثوب عينٌ حسناً ، فلو ارتفعت قيمة الثوب والصّبغ أيضاً ، مثل أن يكون الثوب غير مصبوغ عشرة<sup>(١)</sup> ، والصّبغ درهم ، والثوب المصبوغ خمسة عشر ، فالزيادة على قيمة الثوب وجرم الصّبغ إنما حصلت بالصّبغ وحسن الصنعة ، وما يحصل من الصنعة ، فهو على قولين في أنه أثر أو عين ، كالقصارة . فنبين غرضنا بالصور نرسلها ، ونأتي في كل واحدة بما يليق بها .

٣٩٣٣- فإذا اباع الثوب بعشرة ، وقيمة عشرة ، فصبغه بصبغ من عنده ، يساوي خمسة ، نظر : فإن كان الثوب يساوي مصبوغاً عشرة ، فقد ضاع الصّبغ ، والثوب المصبوغ للبائع الرابع ، لا حق للمشتري والغرماء فيه ، فصار الصّبغ مستهلكاً . وقد قررنا ذلك مراراً .

ولو كان الثوب مصبوغاً يساوي ثلاثة عشر ، فالنقص محسوبٌ على الصّبغ دون الثوب ؛ فنقول : يسلم إلى صاحب الثوب عشرة كاملة ، وإلى المشتري والغرماء ثلاثة . ولو لم تزد قيمة الثوب والصّبغ ، ولم تنقص ، وكان الثوب مصبوغاً يساوي خمسة عشر ، والثوب وحده عشرة ، والصّبغ خمسة . فليس في هذه المسألة للصنعة أثر . فإن كان من نعمت ، فضائعٌ غائصٌ في عين الثوب والصّبغ . فإذا بعنا الثوب بخمسة عشر ، فالثالث من الثوب مصروف إلى المشتري وغرمائه ، والثلثان للبائع .

(١) كذا في النسختين بإضمار فعل: «يساوي» أو نحوه .

ولو كانت قيمة الثوب كما وصفنا عشرة ، وقيمة الصبغ خمسة ، والثوب المصبوج يساوي عشرين / ، فالزائد على خمسة عشر من آثار الصنعة ، فتخرج المسألة على ٢٣١ قولين ، في أنها هل تكون في حكم الأثر ، أم في حكم العين ؟ فإن قلنا : هي أثر ، فلا حكم لها ، وكل زيادة حصلت أثراً<sup>(١)</sup> للصنعة ، فهي مصروفة إلى بائع الثوب ، يستبد بها ، بلا مزاحمة . هكذا أورده الشيخ أبو علي في الشرح .

٣٩٣٤ - وكنت أود أن يُعَضَّ<sup>(٢)</sup> أثر الصنعة على الثوب وجرم الصبغ ، فيصرف إلى صاحب الثوب ثلثاه وإلى المشتري الذي هو مالك جرم الصبغ ثلثه ؛ فإن الصنعة اتصلت بالصبغ والثوب جميعاً ، وهذا بين . ولكن لعله قال ما قال من حيث إن الموصوف هو<sup>(٣)</sup> الثوب وإليه يرجع أثر الصنعة . فليقف المتأمل إذا انتهى<sup>(٤)</sup> إلى ذلك ، ولينعم النظر .

إن قلنا : سبيله سبيل العين ، فقد حدثت العين للمشتري ، وقد فرضنا فيه إذا كان الصبغ مملاوكاً للمشتري ، فالصبغ له ، وأثر العمل له ، فإذا بعنا الثوب بعشرين ، صرفاً عشرة إلى صاحب الثوب ، وعشرة إلى المشتري وغرمائه ، خمسة في مقابلة الصبغ وخمسة في مقابلة أثر الصنعة . وإذا كان كذلك ، فلو وجدنا راغباً يشتري الثوب بثلاثين ، فقاعدة الحساب بيتنا التنصيف في الثوب كما ذكرناه .

٣٩٣٥ - صورة أخرى : إذا كان الثوب يساوي عشرة ، والصبغ يساوي درهماً ، فلما صبغ المفلسُ الثوب ، صار يساوي خمسة عشر ، فقد زادت أربعة دراهم بالصنعة . قال الشيخ : إن قلنا : ما يحصل بالصنعة أثر ، لا حكم له ، فالأربعة لبائع الثوب مع العشرة ، وليس للمشتري إلا قيمة صبغه ، وهذا جوابه الأول . وعليه من السؤال ما تقدم .

فأما إذا قلنا : أثر الصنعة عين ، فهي للمشتري ، فله إذا خمسة ، وللبائع عشرة . فلو كانت المسألة بحالها ، ووجدنا راغباً اشتري الثوب بثلاثين ، فإن جعلنا الزيادة

(١) (ت ٢) : من أثر الصنعة .

(٢) (ت ٢) : نقص .

(٣) (ت ٢) : وهو .

(٤) (ت ٢) : إذا نظر إلى ذلك .

للمشتري ، فثلث الثمن يصرف إليه ، والثلاثان للبائع . وإن قلنا : الزيادة للبائع ، فثمن الأصل خمسة عشر . وإنما اتفق البيع بالثلاثين رغبة ، فيوزع الثمن على خمسة عشر ، فللبائع من أصل القيمة أربعة عشر ، فتضعفها له ، وللمشتري درهم ، فتضعفه له . فنقول للبائع ثمانية وعشرون ، وللمشتري درهماً .

فإن قيل : هلا جعلتم هذه الزيادة للبائع ؟ قلنا : ليست هذه زيادة صنعة ، وإنما هي اتفاق ربح ، فيقسط الربح عليهم على مقدار استحقاقهما في الأصل ، وتضعف قيمة الصيغة المقاس ، وإنما الغلط تضييفُ أجرة الأجير في القصارة كما بيّنته من غلط بعض الأئمة .

٣٩٣٦- ثم ذكر الشيخ أبو علي قولي الشافعي في أن القصارة أثر أم عين ، وحكى عن صاحب التلخيص شيئاً مما لا بد من ذكره ، فقال : إذا باع ثوباً قيمته عشرة ، واستأجر المشتري منه قصره بدرهم ، فإذا الثوب المقصور يساوي خمسة عشر ، ففي المسألة قولان : أحدهما - أن القصارة عين . والثاني - أثر .

فإن قلنا : إنها أثر ، فهي للبائع . لكننا نقول للبائع : لك الثوب المقصور لا تشارك فيه ، وعليك أجرة القصارة حتى كأنك استأجرته . وهذا غلط منه باتفاق أصحابنا .

فإذاً إذا قلنا : إن القصارة أثر ، فللبائع الثوب ، ولا شيء عليه من الأجرة . والأجير يضارب الغرماء بأجرته . وذلك لأنّا لم نجعل القصارة عيناً ، فيتعلق بها الأجير ، وبائع الثوب لم يستأجره . فهذا غلط ظاهر لا شك فيه . وقد نجز الفصل بأطراfe .

### فصل

ذكره صاحب التلخيص ، وغلط فيه من أوله إلى آخره .

٣٩٣٧- ونحن ننقل أجوبته / ، ونذكر وجه الصواب فيها .

ش ٢٣١

قال : إذا اشتريتِ رجل من العصير عشرة أرطالٍ بعشرة دراهم ، ثم أغلاه بالنار حتى

رجع إلى ثمانية أرطال ، وصار رُبّا<sup>(١)</sup> .

ذكر ثلاثة [أحوال]<sup>(٢)</sup> في المسألة ، فقال : إذا كان العصير يساوي عشرة ، ولما عاد إلى ثمانية أرطال ، صار يساوي سبعة ؛ فللباائع الرجوع في عين الرب ، ومضاربة الغرماء بقدر نقصان القيمة . وقدر النقصان ثلاثة دراهم ، فيضارب بها . وعلل بأن قال : ليس ما حدث مجرد نقصان صفة ، بل انضم إليه نقصان العين . هذا جوابه وتعليله . وهو خطأ .

والصواب أن نقول : قد نقص بالنار خمس المبيع ، فهو كما لو نقص بانصيب أو غيره من أسباب الضياع ، فيرجع في الرب إن شاء ، ولا حظ له في مقابلة الدرهم الناقص من القيمة ؛ فإن العين باقية في أربعة الأخماس وزناً وقدراً ، فليرجع إن أراد في الأربعة الأخماس كما هي ، ويضارب بخمس الثمن ، وهو درهماً .

وإن لم يُرد الرجوع في المبيع ضرب مع الغرماء في جميع الثمن . والجملة في هذا أنا نجعل النقصان بسبب الغليان بمثابة التلف في ذلك القدر ، ويجري في الباقي على قياس الأصول . فهذا حالة من الأحوال الثلاثة .

٣٩٣٨ - أما الحالة الثانية - فهي أن تكون قيمة العصير عشرة ، كما صورناه ، فلما صار رُبّا ، رجع إلى ثمانية ، ولكن كان يساوي عشرة مع نقصان وزنه . قال صاحب التلخيص : إن أراد الرجوع ، فيرجع في الرب ، ولا يضارب الغرماء بشيء ؛ فإنه قد وصل إليه قدر المبيع قيمة . وقد ساعده بعض الأصحاب في هذه الصورة . وهو خطأ .

والسديد أن نقول : أما القدر الذي هو نقص ، وهو خمس المبيع ، فله أن يضارب الغرماء في مقابلته بخمس الثمن ، ويبيّن الكلام في أربعة أخماس المبيع ، وقد زادت قيمته بالصنعة . فإن قلنا : زيادة الصنعة للبائع ، وهي أثر ، فيرجع في الرب ، ويفوز بالزيادة ، ويضارب الغرماء بخمس الثمن ، كما ذكرنا .

(١) الرب : بالضم : دبس الرطب إذا طبخ ، وعصارة التمر المطبوخة . ( مصباح ومعجم ) .

(٢) في الأصل : أقوال .

وإن قلنا : زيادة الصنعة بمتزلة العين ، وهي للمشتري ، فقد قال القفال في هذه الصورة : إن هذه الزيادة على هذا القول للبائع أيضاً ؛ فإنها بمتزلة السَّمَن وكِبر الغلام ؛ فإن الغليان مما لا يجوز الاستئجار عليه ، فلا يصح أن يستأجر رجل ليرد عشرة أرطال بالإغلاء إلى ثمانية ؛ فإن هذا مما لا ينضبط . لهذا طريق القفال .

وذهب بعض أصحابنا إلى أن الاستئجار عليه جائز ، فالزيادة إذاً للمشتري ، وقد ضارب البائع بخمس الثمن ، وبقي أربعة أخماس المبيع ، للبائع فيه ثمانية وللمشتري درهماً .

وقد سبق القول في مثله .

والجملة في ذلك أن هذه المسألة تنزل متزلة ما لو باع ثوبين ، أحدهما يساوي درهمين ، والثاني يساوي ثمانية ، فتلف في يد المشتري الذي يساوي درهمين ، وقصَر المشتري الآخر<sup>(١)</sup> ، فصار يساوي عشرة .

**٣٩٣٩ - والحالة الثالثة** - هي أن يكون العصير مساوياً عشرة ، كما قدمنا ، ورجع وزن الرُّب إلى ثمانية ، ولكنه يساوي اثنى عشر درهماً .

قال صاحب التلخيص : البائع بال الخيار إن شاء لم يرجع في العين ، وضارب الغرماء ي ٢٢٢ بالعشرة التي جعلت ثمناً ابتداء . / وإن أراد الرجوع إلى الرُّب ، فله ذلك ، ولكنه يغَرم الزيادة على القيمة الأولى ، [فيرجع إلى الرُّب ويغَرم للمشتري والغرماء درهمين]<sup>(٢)</sup> وطرد قياسه الفاسد في الأحوال الثلاثة .

والصحيح أن نقول : أما خمس المبيع ، فقد فات ، فيضارب الغرماء بخمس الثمن ، وأما أربعة الأخماس ، فقد زادت . فإن قلنا : زيادة الصنعة أثر ، فهي للبائع ، فيرجع في الرُّب بكماله ، ويستبدَّ بالزيادة ، ويضارب الغرماء بخمس الثمن .

وإن قلنا : الزيادة الحاصلة بالصنعة للمشتري ، فعلَّ طريقة القفال هي للبائع في هذه الصورة . وعلى طريقة غيره هي للمشتري ، وقد رجع البائع في خمس الثمن

(١) (ت ٢٢) : الثوب .

(٢) عبارة الأصل : ويرجع إلى الرُّب ، وبقي للمشتري والغرماء درهمين . (كذا).

بجهة المضاربة ، وله في الأخمس الباقية ثمانية دراهم ، وللمشتري أربعة دراهم .  
وقد سبق التفصيل في مثله<sup>(١)</sup> .

٣٩٤٠ - هذا بيان جوابه في الأحوال الثلاثة ، ووجه الصواب في هذا . وقوله في  
هذا الفصل غير [معدود]<sup>(٢)</sup> من المذهب ؛ فإنه هفوة . وقد ذكرنا أن هفوات الأئمة إذا  
لم يكن للظن فيها مضطرب لا يعتد بها .

٣٩٤١ - وما ذكره صاحب التلخيص في أثناء كلامه أن من اشتري عبداً وعلمه  
حفة ، أو علمه القرآن ، فهذا بمثابة القصارة في الثوب . وهذا الذي ذكره صحيح .  
وقد ذكرناه في فصل القصارة ، وإنما أعدناه لأن الشيخ أبا علي حكى عن بعض  
الأصحاب وجهاً أنَّ الزيادة الحاصلة من هذه الجهة أثُرٌ ، قوله واحداً ، وإن جاز  
الاستئجار على تحصيله ، لأنَّه لا يظهر على المبيع ظهوراً محسوساً ، وإنما القولان في  
أثر يُحسن كالقصارة في الثوب ، والطحن في الحنطة ، والحرف ليست كذلك . وهذا  
مزيتفٌ مردود . وال الصحيح طرد القولين في كل صفةٍ يتوصل إلى تحصيلها بالاستئجار ،  
سواء كانت مدركة بالحسن أو لم تكن مدركة .

### فِصْنَلْكٌ

قال : « ولو تباعوا بال الخيار ثلاثة ، فقلسا أو أحدهما ، فلكل واحد منها إجازة  
البيع ورده دون الغرماء ؛ لأنَّه ليس ببيع مستحدث ... إلى آخره »<sup>(٣)</sup> .

٣٩٤٢ - من اشتري شيئاً على شرط الخيار أو باع شيئاً كذلك ، فقلس ، وجرى  
الحجر عليه ، ففي إجازته وفسخه بحكم الخيار طريقان لأصحابنا : أحدهما - أن  
تصرفه ينفذ بالفسخ والإجازة من غير رعاية مصلحةٍ وغبطة ، كما كان ينفذ وهو مطلق .  
وما صدرنا به الفصل من لفظ الشافعي دليل ظاهر على هذا . ووجه ذلك أن التصرف

(١) (ت ٢) : مسألة .

(٢) ساقطة من الأصل .

(٣) ر . المختصر : ٢٢١/٢ .

بحكم الخيار مستفادٌ بعقيضٍ مضى في حالة الإطلاق ، فهو مستند إليه ، وما يجري منه لا يحمل على تصرف مبتدأ .

والذى يوضح ذلك أن الحجر يطرد على الأملك الثابتة ؛ فإنها مهياً للتصرف إلى ديون الغراماء ، والمعقود عليه على حكم الخيار ليس كذلك ؛ فإنه لا يؤثر الحجر فيه ، ومساق ذلك يقتضي استثناءه [عن]<sup>(١)</sup> حكم الحجر ، وبقاءه على موجب الإطلاق . وليس المفلس منظوراً له بخروجه عن الاستقلال ، وإنما سبب الحجر عليه قصرُ تصرفه عما يجب صرفه إلى الدين ، وهذا إنما يتحقق في الأملك اللازمية ؛ فإذاً لا يفصل هذا القائل في تنفيذ الفسخ والإجازة بين البائع والمشتري ، ولا يخصص ما ينفذ به قولنا : لا يحصل الملك في زمان الخيار للمشتري ؛ بل يطرده على كل قول ، في كل حال .  
هذا بيان هذه الطريقة .

ولو جن المشتري في زمن الخيار ، وانتصب قوامٌ عليه ، فلا بد من رعاية مصلحته ش ٢٣٢ في الفسخ والإجازة ؛ لأنه منظور / له ، ولا وجه لتصرف وليه إلا طلب مصلحته .

٣٩٤٣ - والطريق الثاني - يبيّنه تفصيلٌ ، فنقول : من اشتري على شرط الخيار ، ثم فلّس في مدة الخيار ، فرعنا ذلك على القولين في حصول الملك . فإن قلنا : لا يحصل الملك في المبيع للمشتري ، فإن فسخ المشتري أو أجاز على وفق<sup>(٢)</sup> الغبطة ، فلا شك في نفوذه ذلك . ولم يختلف<sup>(٣)</sup> أصحابنا في تنفيذ الفسخ والإجازة منه . وإن كان لا ينفذ بيعه في أمواله التي شملها الحجر ، وإن وافق الغبطة . وفي شرائه كلام سياتي بعد هذا إن شاء الله تعالى .

وهذا يوضح أن التصرف بالفسخ والإجازة مستثنٍ على الجملة عن التصرفات .

فأما إن فسخ أو أجاز على خلاف الغبطة ، قلنا: أمّا الفسخ على خلاف الغبطة ، فناخذ ؛ فإنه ليس يخرج به عن ملكه شيئاً ، وإنما يمنع به عن جلب ملك ، والتفریع على أنه لا ملك له في زمان الخيار في المبيع والثمن قارئ على ملكه ؛ فقد بقى بالفسخ

(١) في الأصل : على .

(٢) (ت ٢) : وجه .

(٣) (ت ٢) : يحتمل .

على ملكه الثمن ، ولم يحصل له الملك في المبيع . ورجع ترك نظره إلى عدم الكسب والجلب ، وليس على المفلس أن يكسب وإن قدر عليه . هذا إذا فسخ .

وأمّا إن أجاز العقد على خلاف الغبطة - والتفریع على أن لا ملك له في المبيع في زمان الخيار - فإذا جازته على خلاف الغبطة مردودة ؟ من جهة أنه يُخرج بها الثمن عن ملكه ، على خلاف المصلحة ، وليس له أن يُخرج عن ملكه شيئاً على خلاف الغبطة .

وإن قلنا : إن الملك في المبيع للمشتري في زمان الخيار ، فإن فسخ أو أجاز ، ولم يخالف الغبطة ، نفذ ذلك .

والذي دل عليه كلام المشايخ في هذه الطريقة - أنه ينفذ الفسخ والإجازة إذا استوى وجه الغبطة ، ولم يترجح وجه على وجه . فأمّا إذا فسخ والغبطة في الإجازة ، ففسخه مردود؛ من جهة أنه بفسخه يُخرج المبيع عن ملكه ، والغبطة في خلافه . وإن أجاز على هذا القول على خلاف الغبطة ، نفذت إجازته ؛ لأنها بالإجازة تارك رد الثمن إلى ملكه ، وإذا ملكناه المبيع في زمان الخيار ، ملكنا البائع الثمن لا محالة ؛ فهو بالإجازة تارك جلب الملك في الثمن ، وليس على المفلس الجلب والكسب ، كما قدمناه .

فحاصل الطريقة إذا راجع إلى أنها لا نفذ منه على خلاف الغبطة إخراج شيء عن ملكه ، ولا نكلّفه رد شيء إلى ملكه .

هذا بيان الطريقتين .

٣٩٤٤- ونقل الأصحاب نصاً عن الشافعي متعلقاً بالرد بالعيوب ، قال رضي الله عنه : «إذا اشتري في الصحة عبداً ، ثم مرض ، واطلع على عيب به في مرضه ، لزمه الرد ، وإن لم يردد ، حُسب من ثلثه ؛ لأن العيب كفقد جزء». .

كلامه المطلق يحتاج إلى التفصيل ، فنقول : إن اشتري في الصحة عبداً بمائة ، وقيمة خمسون ، لو كان سليماً ، فالمحاباة محتملة<sup>(١)</sup> بسبب جريان العقد في الصحة . فلو اطلع على عيب في مرض الموت ينقص عشر قيمة<sup>(٢)</sup> العبد ، فإن رده ، فذاك . وإن

(١) «محتملة» : بمعنى جائزة ناقلة ، من الاحتمال والإطافة ، وليس من الاحتمال بمعنى التوقع .

(٢) (ت ٢) : تنقص قيمة عشر العبد .

أجاز العقد ، كان متبرعاً بعشر الثمن ، وهو عشرة ، ولا نجعله متبرعاً بعشر قيمة العبد ؛ لأن المسترد في مقابله<sup>(١)</sup> الثمن ، والأرش المقابل للعيوب عشر الثمن لا عشر القيمة ، فإذا جازته تتضمن ترك عشر الثمن ، والمحاباة وراء ذلك جارية في الصحة ، يٌنكر على المريض أن يكسب للورثة باسترداد / جميع الثمن . ٢٢٢

٣٩٤٥ - وفي الفصل غائلة نبأ عنها ، وندرؤها بسؤال وجواب . فإن قيل : قد ذكرتم أن المريض ليس عليه الاكتساب ، فليس عليه أن يقبل الهبة والوصية ، ولا أن يكتسب بجهة أخرى ، والملك حاصل للبائع في جميع الثمن ، واسترداد الأرش نقص للملك في حق البائع ، وجليّ من جهة المشتري ، فلم كان تركه تبرعاً ؟ قلنا : هذا العقد يتضمن الاستحقاق ، فإسقاطه إسقاط [حق]<sup>(٢)</sup> مستحق تضمينه العقد ، وقد ثبت هذا في مرض الموت ، وكان إسقاطه بمثابة إسقاط الدين ، والدين وإن سميته ملكاً ، فليس شيئاً محصلاً ، ولكنه استحقاق التوصل إلى تحصيل الملك في عين ، ولذلك يحط الأرش عن الشفيع ، وإن كان مقتضى الشرع أن يأخذ الشخص بشمن العقد ، وليس هذا كما رددناه في خيار الشرط ؛ فإن ذلك [تروء]<sup>(٣)</sup> محض ، وليس الفسخ به والإجازة متضمنين إسقاط حق مستحق . فليفهم الناظر ذلك ، فبه تمام الغرض .

٣٩٤٦ - فإن قيل : الرد مستحق أيضاً بالعيوب ، فأوجبوه . قلنا : لو أوجبنا ، لألزمنا نقض المحاباة التي أمضيناها في صحته ، وهذا لا سبيل إليه .  
فإن قيل : لو كان الثمن جارية ، وقد فرض الاطلاع على العيوب ، فهل تجوزن لقابض الجارية وطأها ؟ قلنا : نعم ؛ فإن الجارية في يده وإن تعرضت للاسترداد بمثابة الجارية في يد المتهم ، مع استمكان الواهب من الرجوع في الهبة .

٣٩٤٧ - فإن قيل : لو كانت المسألة مفروضة حيث نقلتم نص الشافعي في الصحة

(١) (ت ٢) : مقابلة .

(٢) مزيدة من (ت ٢) .

(٣) (ت ٢) : نزو . وفي الأصل بدون نقط . وكذلك قدرناها . والمعنى أن الإجازة والفسخ في مرض الموت لمن له خيار الشرط ، ليس فيها إسقاط حق ، ولا تبرع ، ولا تكسب ، وإنما الخيار هنا للتروي المحض . والله أعلم .

والمرض ، فماذا ترَوْن ؟ قلنا : إن كان الثالث وافياً ، فيجوز الوطء إلى أن يتفق ما يجري من بائع الجارية ، وإن لم يكن الثالث وافياً ، فالمحذور الرجوع إلى قسط من الجارية ، ولو فرض ترك ذلك القسط على قابض الجارية ؛ فهو في الحال تبرع . ولكن لو تبرع المريض بجارية لا يملك غيرها ، وأقبضها ، تسلط المتهدب على وطئها ، بناءً على استمرار الحياة . ثم إذا مات المتبرع ، نقضنا تبرعه في ثلثيتها تبيّنا ، وقد نلزم مهرها ، كما سيأتي في الوصايا .

فخرج من مجموع ذلك أنا لا نحرم الوطءَ كيف فرض الأمر ، وهذا تصريح بحقيقة الملك . ومع ذلك نجعل ترك مقدار الأرش تبرعاً .

٣٩٤٨- وتمام القول فيه أنه لو مات هذا التارك للأرش المريض ولم يَفِ الثالث ، فالزائد على الثالث - على قولنا : التبرعُ الزائد مردود - يُثبت للورثة ملكاً لهم ، أم هم يثبتوه<sup>(١)</sup> ؟ الظاهر عندنا أنه يثبت لهم . ولا حاجة إلى إثباتهم لأنفسهم . وما قدمناه من التسلیط على الوطء محمول على مذهب التبيّن بالأُخْرَة والإسناد<sup>(٢)</sup> .

فانتظم من هذا أنه إذا مرض مرض موته ، وفرض الاطلاع على العيب ، وترك الأرش ، فقد تبيّن بالأُخْرَة رجوع شيء من الثمن إسناداً . فليفهم الناظر ذلك . ويحتمل أن يقال : للورثة حق الرجوع في الأرش بعد الموت ، وإذا ذاك يثبت ملكهم ، والأظهر الأول .

٣٩٤٩- ونحن نذكر صورة أخرى في ذلك ، فنقول : لو اشتري عبداً قيمته [مائة]<sup>(٣)</sup> بخمسين ، واطلع على عيب به ينقص عشرَ القيمة ، فلو رد ، كان الرد على خلاف الغبطة ؛ فإن العبد مع العيب يساوي تسعين ، فلو رده واسترد خمسين ، كان متبرعاً بأربعين ، فالرد إذاً تبرع - كما ذكرناه - لأن الغبطة في إمساكه ، وهو ملكه الحاصل ، ورده إخراج له عن الملك ، فإذا كان على خلاف الغبطة ، كان متبرعاً . فلو قال / : ش ٢٣٣

(١) (ت ٢) : ملكاً لهم أن يثبتوه ؟

(٢) (ت ٢) : والاستناد . وهما بمعنى ، والتبيّن والاستناد من طرق إثبات الأحكام ، وقد ثبت بيانهما .

(٣) في الأصل : تسعين .

أرجع بالأرشن ، فقال بائع العبد : بل رده ، فليس له مطالبة بالأرشن ؟ فإننا نبني الأمر على حياته . وإذا كان الرد ممكناً في الحياة ، لم يجز التحكم بإلزام الأرشن . ولو مات فأراد الورثة المطالبة بالأرشن ، لم يكن لهم ذلك أيضاً ؛ فإن المريض تبرّعه<sup>(١)</sup> في الرد ، فإذا لم يرد ، فإنما راعى الغبطة في ترك الرد ، ويستحيل أن يقع ترك الرد غبطة ، وينضم إليه الرجوع إلى الأرشن .

ونظير هذا ما لو اشتري الولي للطفل عبداً بخمسين ، وقيمة مائة لو كان سليماً ، فلو اطلع على عيب به ينقص عشر قيمته ، فليس له الرد ، وليس له أن يطالب بائع العبد برد شيء من الثمن . هذاما نراه ، والله أعلم .

وقد يخطر لمن لا يغوص أن الرد إذا امتنع ، فالأرشن جزء مستحق الاسترداد . وليس الأمر كذلك .

### فِصْنَاهُ

قال : « ولو أسلفه فضة بعينها في طعام ، ثم فلس ، كان أحق بفضته . . . إلى آخره »<sup>(٢)</sup> .

٣٩٥٠ - قد ذكرنا في غير المفلس أن من أسلم في جنس وانقطع جنس المسلم فيه عند المَحِل ، ولا إفلاس ، ولا حجر ، ففي المسألة قولان : أحدهما - أن العقد ينفسخ . والثاني - أن المسلم يتخير : إن شاء فسخ ، وإن شاء أنظر المسلم إليه إلى وجود الجنس ، ونحن نذكر في السلم بعد تجديد العهد بهذا الأصل صورتين في المفلس : إحداهما - أن يفلس المسلم إليه ، والمسلم<sup>(٣)</sup> فيه عام الوجود . فإن كان رئيس المال قائماً ، فللمسلم فسخ العقد ، والرجوع إلى رئيس المال . ولا فرق بين أن يعيّن رئيس المال حالة العقد ، وبين أن يطلق ذكر الدرهم حالة العقد ، ثم يعيّنها في

(١) خبر إن . والمعنى : أن تبرع المريض في رد العبد ، لا في ترك الأرشن .

(٢) ر . المختصر : ٢٢١ / ٢ .

(٣) (ت ٢) : فيما المسلم فيه .

المجلس بالإقباض . فإذا كان ما عين أولاً بالتسمية ، أو عين بالإقباض في المجلس قائماً ، فسخ العقد ، ورجمع في تيك العين . وإن أراد المضاربة ، فسنذكر في آخر الفصل كيفية المضاربة بالمسلم فيه .

ولو كان رأس المال تالفاً ، فهل لل المسلم أن يفسخ العقد ؟ فعلى وجهين : أحدهما - أنه لا يفسخ ؛ لأنه لو فسخ ، لضارب ببدل رأس المال ؛ إذ عينه تالفة ، وإنما يثبت الفسخ بعدر الفلس إذا كان الفاسخ يتخلص عن المضاربة . والوجه الثاني - أنه يثبت له الفسخ بتعذر الوصول إلى تمام المسلمين فيه . وإذا كان التعذر بانقطاع الجنس يثبت حق الفسخ ، فالتعذر بالفلس ينبغي أن يثبت حق الفسخ . وهذا القائل لا يخرج قول الانفاسخ بسبب الفلس ، بخلاف ما إذا انقطع الجنس . لهذا بيان صورة واحدة .

**٣٩٥١ - الصورة الثانية :** مفروضة فيه إذا أفلس المسلم إليه ، وانقطع المسلم فيه ، فاجتمع الفلس والانقطاع ؛ فإن كان رأس المال قائماً ، فسخ العقد ، ورجمع فيه . وإن كان تالفاً ، فهل يثبت لل المسلم حق الفسخ ؟ فعلى وجهين : أحدهما - لا يثبت ؛ لأنه لا يتخلص عن مضاربة الغرماء .

والثاني - وهو الأصح - أنه يثبت له حق الفسخ ؛ لأنه بالفسخ يصل إلى بعض حقه في الحال . ولو لم يفسخ ، وصبر إلى عود جنس المسلمين فيه فربما لا يجد في يده شيئاً يأخذ به حقه ؛ فترك الفسخ يلحق به ضرراً بيئاً . وأيضاً ، فإن حق الفسخ إذا كان يثبت في حالة الإطلاق / ، فيستحيل أن لا يثبت في حالة الحجر ، وكل سبب أثبتت الفسخ في الإطلاق ، لم يُبن الأمر فيه على الغرض ، فإن من اطلع على عيب المبيع الذي قبضه ، فله ردء على مفلس لا يجد ما بقي بالثمن .

وقد نعود في آخر الفصل إلى تحقيق هذا الوجه من هذه الصورة إن شاء الله تعالى .

**٣٩٥٢ -** ونحن نذكر الآن كيفية المضاربة في المسلمين فيه ، فنقول : إذا كان المسلم فيه جنساً من الأجناس ، فالمضاربة [به]<sup>(١)</sup> غير ممكنة؛ لأن التضارب إنما ينتظم في النقود ، فإذا لم يكن المسلم فيه نقداً ، فلا وجه لتقدير المضاربة به . ولكننا نردء إلى

(١) ساقطة من الأصل .

القيمة تقديرأً ، ونُثبت المضاربة بها ، ثم ننظر إلى مقدار ما يخصه في المضاربة ، فإن كانت القيمة مائة ، وقد خصه بالمضاربة عشرة ، لم نترك<sup>(١)</sup> العشرة عليه ؛ فإنما لو فعلنا ذلك ، كنا معتاضين عن المسلم فيه ، وأخذ البدل عن المسلم فيه باطل ، غير مباح ، فالوجه أن يصرف ما يخصه من الدراهم والدنانير إلى جنس المسلم فيه وتسليمـه إليه ، فتكون المضاربة واقعة في أحد الندين ، وملكـ المسلم مستقرـ آخرـاً في مقدارـ من جنسـ المسلمـ فيه .

والذي قطع به الأئمة أن ملكـ المسلمـ لا يثبتـ فيـ الحصةـ التيـ تميزـتـ لهـ منـ الدرـاهـمـ ، وإنـماـ يـثـبـتـ مـلـكـهـ فيـ الـقـدـرـ الـحـاـصـلـ مـنـ المـسـلـمـ فيـهـ .ـ فـلوـ مـيـزـنـاـ لـهـ باـعـتـبـارـ الـقـيـمـةـ عـشـرـ حـقـهـ مـثـلاـ ،ـ فـهـاجـ رـخـصـ وـانـخـضـنـ السـعـرـ قـبـلـ اـتـفـاقـ صـرـفـ الدرـاهـمـ إـلـىـ جـنـسـ المـسـلـمـ فيـهـ ،ـ وـوـجـدـنـاـ بـذـلـكـ الـقـدـرـ الـذـيـ أـقـرـرـنـاـ لـهـ قـدـرـ حـقـهـ مـنـ جـنـسـ المـسـلـمـ فيـهـ بـكـمـالـهـ ،ـ قـالـ الـأـصـحـابـ :ـ صـرـفـنـاـ الـكـلـ إـلـيـهـ وـأـوـصـلـنـاـ إـلـيـهـ حـقـهـ كـمـلـاـ ،ـ وـبـرـئـتـ ذـمـةـ المـسـلـمـ إـلـيـهـ .ـ

وإنـ وـجـدـنـاـ [ـبـهـ]<sup>(٢)</sup> أـكـثـرـ مـنـ حـقـهـ ،ـ فـالـزـيـادـةـ مـرـدـوـدـةـ عـلـىـ الغـرـماءـ .ـ

٣٩٥٣ــ قال القاضي :ـ هـلـذـاـ مـشـكـلـ .ـ وـالـقـيـاسـ أـنـ نـقـولـ :ـ إـذـاـ هـاجـ الرـخـصـ ،ـ وـصـارـ مـاـ كـنـاـ نـقـدرـهـ بـمـائـةـ يـوـجـدـ<sup>(٣)</sup> بـعـشـرـ ،ـ فـغـيـرـ اـعـتـبـارـ الـقـيـمـةـ ،ـ وـنـقـولـ :ـ إـنـهـ يـضـرـبـ بـعـشـرـ ،ـ وـنـنـظـرـ مـاـ يـخـصـهـ مـعـ مـزـدـحـمـ الـدـيـونـ ،ـ وـنـبـتـدـيـءـ بـتـبـيـنـ<sup>(٤)</sup> مـقـدـارـ حـقـهـ .ـ وـإـنـماـ كـانـ كـذـلـكـ ،ـ لـأـنـ الـحـصـةـ الـمـقـرـرـةـ لـهـ عـلـىـ حـسـابـ الـمـائـةـ لـمـ تـدـخـلـ فـيـ مـلـكـهـ لـمـ قـدـمـنـاهـ مـنـ اـسـتـحـالـةـ مـلـكـ عـوـضـ الـمـسـلـمـ فيـهـ ،ـ فـإـذـاـ لـمـ يـثـبـتـ مـلـكـهـ فـيـمـاـ مـيـزـنـاـ ،ـ بـاـنـ أـنـ الـأـمـرـ مـوـقـفـ عـلـىـ مـاـ يـتـبـيـنـ آـخـرـاـ ،ـ وـقـدـ بـاـنـ بـرـخـاءـ السـعـرـ ،ـ وـظـهـورـ الرـخـصـ أـنـ قـيـمـةـ الـمـسـلـمـ فيـهـ عـشـرـ ،ـ فـدـيـنـهـ إـذـاـ يـقـدـرـ بـهـلـذـاـ .ـ

هـلـذـاـ مـاـ قـالـهـ .ـ

(١) (ت ٢) :ـ نـتـزـلـ .ـ

(٢) فيـ الـأـصـلـ :ـ وـجـدـنـاـ .ـ

(٣) (ت ٢) :ـ نـجـدـهـ .ـ

(٤) (ت ٢) :ـ بـتـيـقـنـ .ـ

٣٩٥٤- والذى ذهب إليه الجماهير ما قدمناه أولاً .

فانتظم مما قالوه ، وقاله القاضي وجهاً : أحدهما - ما ذكره القاضي ، ووجهه القياس البين الذي ذكره . والثانى - ما ذكره الأصحاب ، ووجهه أنا وإن كنا لا نملك المسلم العشرة الدراهم ، فنجعله أولى بها ؛ حتى كأنها مرتنة بحقه ، وكأنه مرتنة فيها . ولو كان كذلك ، لكننا نقدمه ب تمام حقه فيما هو مرهون عنده ، فيجري إذاً قياس الرهن . ونقول : إن وفي ما ميزناه بحقه أدينا منه حقه كاملاً . وإن زاد على مقدار حقه ، أدينا منه قدر حقه ، وصرفنا الفاضل إلى الغرماء ، كدأبنا في المرهون إذا بعنه .

فإن قيل : لم فعلتم ذلك ؟ قلنا : [إفراز]<sup>(١)</sup> [الحاكم للحصص]<sup>(٢)</sup> تخصيص من لكل ذي حق بمقدار ، فما<sup>(٣)</sup> يتصور فيه التمليل حُمل تخصيصه على حقيقة الملك ، وما امتنع التمليل فيه حُمل على ما يتصور ، وهو التخصيص بطريق الاستيثاق ، فكأن حقوق الغرماء انقطعت عن العشرة بالقسمة / التي جرت على التقدير الصحيح ابتداء .

٢٣٤ ش

ـ فهذا هو الممكن في توجيه ما قاله الأصحاب . وليس يخفى ظهور ما قاله القاضي في القياس .

٣٩٥٥- ثم إن كان المسلم فيه شيئاً من ذوات الأمثال ، وقد خص المسلم عشر قيمته ، فإننا نصرفه إلى عشر المسلم فيه . وإن كان المسلم فيه ثوباً واحداً ، أو حيواناً ، فالوجه صرف ما يخص المسلم إلى جزء شائع من ثوب ، أو حيوان مستجتمع للصفات المذكورة لا<sup>(٤)</sup> وجه غيره . هكذا ذكره صاحب التقريب وغيره . فإذا ضارب بمائة ، فخصه من زحمة الديون عشرة ، وصرفناها إلى جنس المسلم فيه ، فلو انطلق الحجر ، وحدث له مال جديد وعاد الغرماء يضاربون ، فللMuslim حق المضاربة في بقية حقه في المال الجديد ، فتقوّم السلعة مرة أخرى ، فإن كانت مثل القيمة الأولى ، فلا كلام . وإن كانت القيمة أعلى من هذا الوقت ، فإنه يضارب بالقيمة العالية ؛ فإن المقصود

(١) (ت ٢) : إقرار . وفي الأصل بدون نقط . وقدرناها على ضوء المعنى .

(٢) في (ت ٢) : «المحصص» .

(٣) (ت ٢) : فيما .

(٤) (ت ٢) : ولا وجه .

إيصاله إلى جنس المسلم فيه ، والقيمة في البين واسطة ، اضطررنا إلى اعتبارها ، فنعتبر إذاً قيمة المسلم فيه باللغة ما بلغت . وهذا سديد .

٣٩٥٦- فأمّا إذا قومنا المسلم فيه آخرًا في الصورة التي انتهينا إليها ، فكانت قيمته أدنى في الكرة الثانية ، فقد ذكر صاحب التقريب وجهين في ذلك : أحدهما - أنه يضارب باعتبار القيمة الثانية ، وهي قيمة الوقت . ووجهه بين .

والوجه الثاني - أنه يضارب بالقيمة الأولى المعتبرة في الحجر الأول . وهذا لا أدرى له وجهاً ، مع قطعنا بأن القيمة ليست عين حقه .

ولو لم يتفق الحجر الثاني ، ووفى ما في يد المسلم إليه بتمام حق المسلم ، وهاج الرخص ، فليس على المسلم إليه إلا توفيقه .

وإذا رخص السعر ، فإذا فرض حجر ثانٍ وجب أن يضارب بالقيمة الناجزة ، فإن القيم تقديرات ، والغرض الوصول إلى المقصود . ولو لا أن صاحب التقريب كرر هذا الوجه الثاني ، وإلا كنت لا أذكره لضعفه .

### فِصَلْهُ

قال : « ولو أكرى دارأ منه سنة ، ثم أفلس المكري . . . إلى آخره »<sup>(١)</sup> .

٣٩٥٧- هذا الفصل يشتمل على بيان إفلاس المكري ، وإفلاس المكري والبداية بإفلاس المكري .

ولا تخلو الإجارة إما أن تكون واردة على العين ، وإما أن تكون واردة على ذمة المكري ، فإن كان الكراء [على]<sup>(٢)</sup> العين بأن أكرى داره أو دابته ، وعقد إجارة على شرط الصحة ، فإذا أفلس المكري قبل انقضاء الإجارة ، وحصل الوفاء بها ، فالإجارة لا تفسخ لمصلحة المفلس ، حتى لو فرعننا على منع بيع المكري ؛ فإننا نمتنع عن بيع العين المكراء إلى انقضاء مدة الإجارة ، وفاءً بما اقتضاه العقد . وإن قلنا : يجوز بيع

(١) ر . المختصر : ٢٢١ / ٢ .

(٢) في الأصل : في .

المكرئ ، فنبيعه في ديونه ، ولو كانت قيمته تنقص لمكان الإجارة ، لم نبال ببنقصانها . فإذا اتفق بيع الدار المكرأة ، وصرف ثمنها في حقوق غرماء المكري ، وانفصل الأمر ، وانطلق الحجر ، والإجارة باقية ، فلو انهدمت الدار في بقية المدة ، وقضينا بانفساخ الإجارة ، وكان المكري وفي الأجرة كاملة ، فيثبت له حق الرجوع بقسط من الأجرة لانفساخ الإجارة في بقية المدة . وهذا الحق يثبت جديداً مترباً على الانفساخ الواقع بالانهدام . فهل لهذا المكري أن يزاحم الغرماء الأولين فيما اقتسموا بينهم ، وتضاربوا به ؟ فعلى وجهين : ذكرهما العراقيون أحدهما - أنه لا يزاحمهم ؛ لأن دينه متجدد حادث بعد القسمة ، وفضي المال / على الغرماء ، فلا يثبت لأصحاب الديون الجديدة مزاحمةً القدماء من الغرماء .<sup>٢٣٥</sup>

والوجه الثاني - أن المكري يزاحمهم مزاحمةً غريباً ييدو [آخرأ][<sup>١)</sup>] ونتبين استحقاقه لدینه متأخراً بتاريخ سابق لاستحقاق الأولين ديونهم حالة المزاحمة . ووجه ذلك أن الرجوع وإن ثبت الآن ، فهو مستند إلى وجوب عقد سابق ، وهو الإجارة . فإذا كان رجوع المكري مستنداً إلى الإجارة السابقة ، كان حقه بمثابة دين سابق ييدو . وكل ما ذكرناه فيه إذا كانت الإجارة واردة على العين وقد أفلس المكري .

٣٩٥٨ - فأما إذا كانت الإجارة واردة على ذمة المكري ، وما كانت ربطة بعين ، وهذا كالالتزام المكري نقل مقدار مبين من طعام أو غيره ، من بقعة إلى بقعة ، فهذا لازم ذمة المكري ، فإذا أفلس وفي ذمته ما وصفناه ، لم يخل : إما إن كان سلم دابةً إلى المكري ليحملها الطعام المذكور . وإما إن لم يكن سلم إلى المكري شيئاً .

إإن لم يكن سلم إليه شيئاً ، فالذى في ذمته دين من الديون . فإن كان عوض الإجارة باقياً ، وقد أفلس المكري ، فللمكري الرجوع إلى العوض الذي صادفه باقياً . وإن كان العوض تالفاً ، ضارب المكري الغرماء بأجر مثل ما استحق من المنفعة ، على القياس الذي ذكرناه في رجوع المسلمين ، إذا أفلس المسلم إليه .

(١) الآخر : الأخير . (معجم) وغير مقروءة في (ت٢) وفي الأصل : (آخر) بدون ألف التنوين .

٣٩٥٩- ثم يعرض في متنى الكلام أمر يجب إنعام النظر فيه . وهو أنا إذا أثبنا للمكتري حق المضاربة بأجرة المنفعة المستحقة ، فإذا بانت حصته في تقدير المضاربة ، فصرف ذلك المقدار إليه بمثابة صرف مقدار من قيمة المسلم فيه إلى المسلم . وهذا اعتياض عن المسلم فيه .

٣٩٦٠- وقد اختلف أصحابنا في الإجارة الواردة على الذمة هل تنزل منزلة السلم حتى نرعي فيها ما يُرعى في السلم من وجوب تسليم الأجرة في مجلس العقد ، أم كيف السبيل فيه ؟ وسيأتي شرح ذلك في كتاب الإجارة ، إن شاء الله تعالى .  
إإن جعلنا الإجارة الواردة على الذمة بمثابة السَّلْم ، وهو الصحيح ، فلا سبيل إلى ترك حصة المكتري - النازل منزلة المُسْلِم - عليه من القيمة<sup>(١)</sup> ؛ فإن ذلك اعتياض عن المسلم فيه .

ثم إن كان المقصود أمراً لا يتبعض ، مثل أن يقول : تحملني إلى بلدة عينها ، فالحمل إلى بعض الطريق قد لا يفيد ، [و]<sup>(٢)</sup> ربما يكون الموضع المقدر مهلكة ، فإذا تحقق التعذر ، وامتنع الاعتياض ، فلا وجه إلا تخير المكتري في الفسخ ، وإذا فسخ العقد ، ضارب الغرماء بقيمة الأجرة التي كان بذلكها ، وقد يتوجه عُسر إذا كان المسلم فيه ثوباً ؛ فإنه إذا خصه عشر القيمة ، فلا يجد به عشر ثوب ، فإذا ظهر تعذر يجر نقيسة وخساراناً ، ثبت الخيار ، كما ذكرناه .

وإن كان ألزم ذمة المكري حمل مائة من إلى بقعة ، وكان حَمْلُ البعض مُفيداً على قدره ، صرفنا القيمة التي<sup>(٣)</sup> خصته إلى البعض .

والجملة أن التبعيض إن أمكن من غير تعذر ، صرفنا حصة المضاربة إليه . وإن عسر ، أو تضمن التبعيض نقصاً ، ثبت الخيار ، لا طريقَ غيره . ولا وجه لتمليك القيمة ، والتفریع على أن الإجارة سلم .

(١) في الكلام تقديم وتأخير ، فالمعنى : «لا سبيل إلى ترك حصة المكتري - من القيمة - عليه ، فإنه نازل منزلة المسلم ، ولا يجوز الاعتياض عن المسلم فيه».

(٢) الواوزيادة من (ت ٢) .

(٣) (ت ٢) : إلى حصته .

٣٩٦١- وإن حكمنا بأن الإجارة الواردة على الذمة لا تكون بمثابة السلم ، فإذا ضارب المستحق الغرماء بأجرة المتنفع المستحقة / ، وبيان حصته منها ، لم يمتنع أن يملك حصته من القيمة عوضاً ؛ فإن الاعتياض عن الديون غير ممتنع ، إذا لم يكن مسلماً [فيها]<sup>(١)</sup> . وللننظر فيها مضطرب ، والعلم عند الله .

٣٩٦٢- [و]<sup>(٢)</sup> كل ما ذكرناه في الإجارة الواردة على الذمة إذا لم يكن قد سلم المكري عيناً إلى المكتري . فإن كان ألزم ذمته حمل مائة منْ ، فسلم إليه دابة ، حتى يحملها المائة . ثم أفلس المكري ، فظاهر المذهب أن تلك الدابة متعينة لاستحقاق المكتري ، كما لو استأجرها في عينها وأورد الإجارة<sup>(٣)</sup> عليها ، فليستوف حقه من تلك الدابة وليحملها ؛ فإنها سُلمت إليه قبل اطراد الحجر ، فتعينت كما تعين الدرهم إذا سلمها من عليه الدرهم . والحقوق المتعلقة بالذمم تعين بالتعيين والتسليم . ومن أصحابنا من قال : لا تعين تلك الدابة ؛ فإنها ليست مورداً للإجارة ، والمنافع ليست أعياناً . ويشهد لهذا أن تلك الدابة لو عطبت لم تنفسخ الإجارة بعطاها ، بخلاف ما لو وردت الإجارة على عينها . فإذا كان لا يثبت لها حُكْم التعيين في انفساخ الإجارة عند تقدير تلفها ، لم يثبت لها حُكْم التعيين في اختصاص المكتري بها ؛ فعلى هذا إذا أفلس المكري ، فلا حُكْم لتسليم تلك الدابة .  
والأصح الأول .

٣٩٦٣- وهذا يخرج على اختلافِ للأصحاب ، سيأتي مشروحاً في الإجارة . وهو أنَّ من التزم حملَ إنسان إلى موضع ، وسلم إليه دابة ، فهل له أن يدلها بأخرى ، من غير سببٍ ؟ فيه اختلاف سيأتي موضحاً ، إن شاء الله تعالى .  
هذا كله إذا أفلس المكري .

٣٩٦٤- فاما إذا أفلس المكتري ، فلا يخلو : إما أن تكون الإجارة على العين أو على الذمة . فإن كانت الإجارة على العين ، بأن كان اكتري داراً معينة أو دابةً معينة ،

(١) في الأصل : فيه ، والمثبت من (ت٢).

(٢) في الأصل : فكل .

(٣) (ت٢) : العقد .

وما سلم الأجرة ، فأفلس ، والإجارة باقية ، فالمذهب الصحيح أنه يثبت للمكري الرجوع إلى المنافع في بقية المدة . فإن آثر ذلك ، فلتفسخ الإجارة في بقية المدة ، ويضارب الغرماء بأجرة المنفعة الماضية . وقد تقدم شرح هذا .

٣٩٦٥- ثم قال العلماء : إن كان أجرأ أرضاً ، فزرعها المستأجر ، وأفلس ، فللمكري الفسخ [و<sup>(١)</sup>] لا يقلع الزرع ، بل يرجع بأجرة مثل بقية المدة ، يقدم بها من غير مضاربة ، كما تقدم .

ولو كان اكترى دابة وحملها ، وأفلس في خلال الطريق ، فللمكري الفسخ . ولكن لا يضيع متع المفلس ، بل يمكنه من نقله إلى مأمن ، وليس عليه أن يمكنه من نقله إلى مقصده ؛ فإن المطلوب لا يضيع حق المكري ، لا أن يحصل مقصوده .

ولو لم يؤثر [المكري]<sup>(٢)</sup> الفسخ <sup>(٣)</sup> وأراد مضاربة الغرماء بالأجرة المسماة ، فله ذلك ، ولا تضيع المنفعة في بقية المدة على الغرماء ؛ فإن كانت مشغولة بزراعة أو غيرها ، فهو المراد . وإن لم تكن مشغولة ، أكريت تلك العين ، وصرفت أجورتها إلى حقوق الغرماء .

هذا إذا كانت الإجارة واردة على العين .

٣٩٦٦- فأما إذا كانت على الذمة ، وأفلس المكري ، فإن كان المكري قد استوفى الأجرة قبل الحجر ، فلا كلام ، والمنفعة في ذمة المكري ، حق من حقوق المكري المفلس ، تصرف إلى ديونه كسائر أمواله .

وإن لم يكن المكري قبض الأجرة ، وفرعنا على أن الإجارة الواردة على الذمة ليست سلماً ، ولا يجب تسليم الأجرة في المجلس ، فإذا أفلس / المكري ، فللمكري فسخ الإجارة بسبب تعذر العوض ؛ فإن آثر ذلك ، برئت ذمته منه عما عليه من الحق ، وانفسخت الإجارة .

(١) في الأصل : ثم . والمثبت من (ت ٢).

(٢) في الأصل ، (ت ٢) : المكري .

(٣) ساقطة من (ت ٢) .

## فِصْنَبُ الْمَلَكِ

قال : « ولو قسم الحكم ماله بين غرمائه ، ثم قدم آخرون . . . إلى آخره »<sup>(١)</sup> .

٣٩٦٧ - إذا حجر القاضي على المفلس ، وقسم ماله على غرمائه ، وزعها عليهم ، فلاشك أن التوزيع يقع على أقدار الديون ، لا على أعداد الرؤوس . فإذا كان له غريمان لأحدهما عليه أربعة آلاف ، وللثاني ألفان ، وجملة ماله ثلاثة آلاف ، فيصرف ألفان إلى من له الأربعة ألف ، وألف إلى من له ألفان .

ووضوح ذلك مغنى عن بسطه . فإذا قسمنا المال على مبالغ الديون ، فظهر للمفلس غرماء آخرون بعد القسمة وفضّ الأموال على الحصص ، وتبيّن أن الذين ظهروا كانوا على استحقاقهم حالة الحجر ، ولكن كانوا عيّناً ، فهو لاء يخاصمون الذين قسمنا المال عليهم ، ويتركون معهم متزلة ما لو كانوا موجودين حالة القسمة ، حتى إذا كان المال ثلاثة آلاف ، والغريمان الأولان على أربعة ألف وألفين ، فظهر غريم ثالث بأربعة ألف ؛ فإنه يسترد من الألفين الذين سلمناهما إلى صاحب الأربعة ثمانمائة ، ويسترد من صاحب الألفين من الألف أربعمائة ، فيخلص له ألف ومائتان ، ويبقى لصاحب الأربعة ألف ألف ومائتان ، ويبقى في يد صاحب الألفين ستمائة ، فتعتذر القسمة على [الاحتياط]<sup>(٢)</sup> والuschus .

٣٩٦٨ - ولو كان عند القسمة غريمان لكل واحد منهما ألف ، والمال ألف ، فقسمناه بينهما نصفين ، فأتلف أحد الغريمين حصته وأعسر ، وظهر غريم ثالث بalf ولم يجد مرجعاً على الغريم الذي أتلف ما خصه وأعسر ، فصادف الخمسمائة في يد الآخر ، فبكم يحاصره ؟ اختلف أصحابنا في المسألة ، فذهب الأكثرون إلى أنه يشاطره فيها ، ويقول : تلك الحصة قد فاتت وأنا وأنت سيان فيما بقي ، وتقديم صورة القسمة لا يخلفني عنك ، وقدر ديني كمقدار دينك ، فيشترك في هذا الباقي على استواء .

(١) ر . المختصر : ٢٢٢ / ٢ .

(٢) كذا في (ت ٢) ، وفي الأصل بغير نقط . ولعلها : « على الاحتصاص » .

وذهب بعض أصحابنا إلى أنه لا يأخذ من هذه الخمسمائة إلا ثلثها ؛ فإن الحصة الأخرى لو كانت باقية ، لكان يأخذ منها ثلثها أيضاً ، فلئن فاتت تلك الحصة وأعسر أصحابها ، فلا ينبغي أن يرجع بما فات من حقه بسبب تلك الحصة الفائتة على الحصة الباقية ، وكان حقه في أيديهما ، فقواته بسبب فوات ما في يد أحدهما لا يرد جميع حقه إلى ما في يد الثاني .

وهذا الخلاف قريب المأخذ من القولين في أن أحد الوارثين لو أقر بدين وأنكر الثاني ، فهل ينحصر جميع الدين في حصة المقر ؟ أم لا يلزمـه [منه]<sup>(١)</sup> إلا ما كان يطالب به لو أقر صاحبه معه ؟ وفيه قولان سيأتي ذكرهما في كتاب الأقارب ، إن شاء الله تعالى .

٣٩٦٩- وما أطلقه الأصحاب<sup>(٢)</sup> في قاعدة هذا الفصل أن قالوا : إذا اقتسم الغرماء مال المحجور ، ثم ظهر غريم بدين قديم ، فالقسمة السابقة لا تنقض ، ولكن الغريم الظاهر يُحاصـّ كلـّ واحد بمقدار حقه ، واعتـلـوا بأن قالوا : الغريم لا حق له في أعيان الأموال ، وإنما تعلـقـهـ بالمالـيةـ ، وإذا<sup>(٣)</sup> كان يرجع علىـ كلـ بحصـتهـ ، فلا معنى لنقضـ القـسـمةـ معـ وصـولـهـ إـلـيـ ماـ هوـ حقـهـ ،ـ منـ غيرـ تـقـديرـ تعـويـضـ وإـيدـاـلـ .

وهذا يظهر جداً إذا ردت الأمتـعةـ إلىـ النقـودـ وفـضـتـ عـلـىـ أـقـدـارـ الـديـونـ ،ـ وـلـمـ يـكـنـ لـواـحـدـ مـنـ الغـرـمـاءـ فـيـ مـحـلـ الـكـلـامـ عـيـنـ مـالـ ،ـ وـإـنـماـ حـقـوقـهـ دـيـونـ مـرـسـلـةـ .

٣٩٧٠- ولو اقتسم الورثة أعيان التركة ، ثم بدا دين<sup>(٤)</sup> ، فالأصح المنصوص عليهـ أن القـسـمةـ لاـ تنـقـضـ بـيـدـوـ<sup>(٤)</sup> الدـيـنـ ،ـ بلـ يـرـجـعـ الغـرـيمـ عـلـىـ كـلـ وـارـثـ بـحـصـتـهـ إـلـيـ استـيعـابـ حقـهـ ؛ـ فإنـ حـقـهـ يـتـعـلـقـ بـمـالـيـةـ التـرـكـةـ ،ـ لـاـ بـأـعـيـانـهـ .ـ وـأـثـرـ القـسـمةـ فـيـ إـفـراـزـ الـأـعـيـانـ .ـ وـإـلـاـ فالـتـرـكـةـ فـيـ أـيـدـيـ الـوـرـثـةـ .

(١) ساقطة من الأصل .

(٢) (تـ ٢ـ) : بعض الأصحاب .

(٣) (تـ ٢ـ) : إذا (بدون واو) .

(٤) (بـيـدـوـ) : مصدر بـداـ بـيـدـوـاـ : أي ظـهـرـ .ـ (قامـوسـ) .

ولو اقتسم الورثة أعيان التركة ، ثم ظهر وارث آخر ، فالقسمة منقوضة ؛ فإن الوارث يتعلق استحقاقه بالأعيان ، فتصحيح الإفراز مع شيوخ شركته في التركة محال .

وللشافعی قول آخر : إنه إذا بدا دین ، تبینا انتقاد القسمة من أصلها ؛ لأن التركة مرتهنة بالدين ، والتصرف في المرتهن مردود ، وسنذكر هذا في موضعه ، إن شاء الله تعالى .

**٣٩٧١** - ولو أجرى مجرِّ<sup>(١)</sup> هذا القول في بُدوَّ غريم للمحجور عليه بعد اقسام الغرماء الأوَّلين ، لم يكن بعيداً ؛ إذ لا فرق بين بُدوَّ دَيْنٍ في التركة ، وبين ظهور غريم للمحجور عليه .

**٣٩٧٢** - وما يتعلق بهذا الفصل أن المحجور عليه لو استفاد مالاً جديداً ، والحجر مطردٌ عليه ، بأن قبل هبةً ، أو وصية ، أو احتسب ، أو اشتري وصححنا شراءه على الأصح ، فهذا الأملال الحادثة في اطراد الحجر هل يتعدى إليها مقتضى الحجر ، حتى لا ينفذ فيها تصرف المحجور عليه ؟ أم هي خارجة عن وجوب الحجر ؟ فعلٌ وجهين : أحدهما - أنها خارجةٌ عن وجوب الحجر ؛ فإن الحجر تعلق بالأموال العتيدة الموجودة لدى الحجر ، وكان المقصود منه قصر يد المفلس عن التصرف فيها ، فلا سيل إلى تعدية الحجر عن تلك الأموال . والحجر من القاضي في أموال المفلس ، كحجر الراهن على نفسه في العين المرهونة ، ثم الرهن لا يتعدى مورده . هذا وجه .

والوجه الثاني - أن الحجر يتعلق بالأموال المستجدة ؛ فإن السلطان لم يقصد بحجره تخصيص مالٍ ، وإنما قصد التسبب إلى إيصال الحقوق إلى مستحقها ، وهذا القصد لا اختصاص له بالمال الموجود ، فليكن المحجور عليه تحت الحجر فيما كان موجوداً ، وفيما استجدَّه واستحدثه .

**٣٩٧٣** - ومن الأصول اللاحقة بما نحن فيه أنَّ الحجر إذا انطلق - كما سنوضح سبب انطلاقه في آخر الفصل - وكان الغرماء على بقایا من ديونه ، فلو حدث للمديون مالٌ بعد

(١) ساقطة من (ت ٢) .

انطلاق الحجر ، لم يعد محجوراً عليه بنفس حدوث المال ، ولكن لو استدعاى الغرماء إعادة الحجر بسبب المال الحادث ، وكانت بقایا الديون زائدة على المال الحادث ، أو مساوية له - على التفصيل المقدم في أول الكتاب - فالقاضي يجيز إلى ذلك .

فلو تجددت له ديون مع تجدد الأموال ، لم يختص الغرماء الذين حدثت حقوقهم [بالمال الحادث ، بل اشترك فيه القدماء من الغرماء الذين حدثت حقوقهم]<sup>(١)</sup> .

ولو بدا للمحجور عليه مال قديم ، اختص بالتضارب فيه الغرماء القدماء ، ولم يشاركهم فيه من حدث حقه .

**٣٩٧٤- والضَّابطُ فِي أَنَّ الْمَالَ الْحَادِثَ يَشْتَرِكُ فِي الْغَرِيمِ الْقَدِيمِ وَالْحَادِثِ ، وَالْمَالِ الْقَدِيمِ الَّذِي كَانَ فِي الْحَجَرِ الْأَوَّلِ يَخْتَصُ بِالْأَوْلَوْنَ ، وَلَا يَشَارِكُ فِيهِ مِنْ حَدَثَ حَقِّهِ بَعْدَ انْطَلَاقِ الْحَجَرِ الْأَوَّلِ . وَلَوْ انْطَلَقَ الْحَجَرُ الْأَوَّلُ ، <sup>(٢)</sup> وَحَدَثَ بَعْدَهُ مَالٌ ، وَلَا حَجَرٌ بَعْدُ <sup>(٢)</sup> ، وَحَدَثَ بَعْدَ حدُوثِ الْمَالِ دِينٌ ، ثُمَّ ضَرَبَ الْحَجَرُ ثَانِيًّا ، اشترَكَ الْقَدِيمَاءُ ، وَمِنْ حَدَثِ دِينِهِ ، وَلَيْسَ لِلْقَدِيمَاءِ أَنْ يَقُولُوا : لَا يَشْرِكُنَا فِي الْمَالِ الْحَادِثِ مِنْ حَدَثِ دِينِهِ بَعْدَ حدُوثِ الْمَالِ ؛ فَإِنَّ ذَلِكَ الدِّينَ إِذَا حَدَثَ قَبْلَ عَوْدِ الْحَجَرِ ، فَلَا نَظَرٌ إِلَى تَقْدِيمِ الْمَالِ عَلَيْهِ إِذَا اجْتَمَعَ حدُوثُ الْمَالِ وَالدِّينِ فِي انْطَلَاقِ الْحَجَرِ . وَهَذَا وَاضِحٌ لَا يَخْفَى عَلَى الْفَقِيهِ ، وَلَا يَضُرُّ التَّنْصِيصُ عَلَيْهِ .**

**٣٩٧٥- وَمَا يَلِيقُ بِمَضْمُونِ الْفَصْلِ أَنَّ الْدِينَاتِ الَّتِي تَجَدَّدُ فِي زَمَانِ الْحَجَرِ تَنْقَسِمُ :**  
ي ٢٣٧ فَمِنْهَا مَا يَتَجَدَّدُ فِي الْمَصْلُحَةِ الْمُتَعَلِّمَةِ بِمَالِ الْمَفْلِسِ / كَالْمَؤْنَةِ الَّتِي تَلْزِمُ : [مِنْ]<sup>(٣)</sup> أَجْرَةِ الدَّلَالِ أَوِ الْكَيَالِ أَوِ الْغَيْرِهِمَا ، فَمَا كَانَ كَذَلِكَ ، فَهُوَ مُتَقْدِمٌ عَلَى حُوقُوقِ الْغَرِيمَاءِ ، مِنْ غَيْرِ مَضَارِبَةٍ ؛ فَإِنَّا لَوْ لَمْ نَقْدِمْ هَذِهِ الْدِينَاتِ ، لَامْتَنَعَ التَّصْرِيفُ فِي مَالِ الْمَفْلِسِ عَلَى مَقْتَضَى الصَّالِحِ ، وَلِرَغْبَةِ الْعَمَلَةِ عَنِ الْعَمَلِ الَّذِي لَابِدُ مِنْهُ .

وَأَمَّا مَا يَتَجَدَّدُ مِنْ دِينٍ فِي مَالِهِ ، وَلَا تَعْلُقُ لَهُ بِصَالِحِ الْأَمْرِ ، وَحَاجَةُ الْوَقْتِ ، فَلَا

(١) ما بين المعقفين ساقط من الأصل .

(٢) ما بين القوسين ساقط من (ت ٢) .

(٣) مزيدة من (ت ٢) .

تعلق لمستحق هذا النوع من الدين بمال المحجور عليه ، فإن ذلك المال في حق الغرماء الذين جرى الحجر باستدعائهم بمثابة المرهون في حق المترهن ، فلو أتلف المفلس مالاً ، تعلق بذله بذمته ، ولم يزاحم مستحق الدين الغرماء في الأموال . وكذلك القول في جملة الديون التي لا يتعلق لزومها بالمصلحة والحاجة .  
فهذا تمام القول في ذلك .

### فصل

قال : « وإن أراد الحاكم بيع متاعه أو رهنه ، أحضره . . . إلى آخره »<sup>(١)</sup> .

٣٩٧٦- إذا استمر الحجر ، اشتغل الحاكم على القرب بتجنيد الأمر حتى لا يطول أمد الحجر من غير حاجة ، وذلك بأن يبتدر بيع الأمتعة وينصب في ذلك كافياً أميناً إن كان لا يتغطى بنفسه ، ولا ينبغي أن يُفْرِط في العجلة ، فتشترى الأمتعة ببخس ، ولا يتأنّى بعد حصول الاحتياط اللائق بالحال .

ثم قال : ينبغي أن يحضر المحجور عليه مكان البيع ؛ فإن ذلك أثنا للتهمة ، وقد يعرف صاحب المتاع مما يُرْوَج به متاعه ما لا يعرفه غيره ، وهذا استحباب ، وذكر للأولى .

ثم قال : ينبغي أن يبدأ ببيع الحيوانات ؛ فإنها عرضة للتلف ، وفي إيقائها تكثير المؤن . ثم يبيع ما يتسارع إليه الفساد ، ويؤخر بيع العقار . ويبيع كل شيء في سوقه ؛ فإن ذلك أروج لها ، وأحرى بأن ينفذ<sup>(٢)</sup> العرض<sup>(٣)</sup> فيها .

٣٩٧٧- ثم إن رضي الغرماء ، جمّع أثمان السلع ، حتى إذا انتجزت ، فرقها حينئذ على أقدار الحقوق . وإن أبوا أن يصبروا ، ورأوا أن يفرق عليهم كل مقدار ينتجز ويحصل ، أجيبوا إلى ذلك . وإن رضوا بالجمع ، جمع القاضي عند عدل . ولا يبعد

(١) ر . المختصر : ٢٢٢ / ٢ .

(٢) (ت ٢) : ينفذ (بالذال) وفي الأصل غير منقوطة . ثم ، نقداً من باب تعب (مصباح) .

(٣) العَرْض : المتاع . والمعنى أن كل متاع يباع في سوقه ، فهو أروج له .

في مسلك الرأي أن يُفرضَ ما يتحصل ملِياً وفياً ؛ فإن أعيان الأموال قد تضيع ، والدين في ذمة المليء الوفي أقرب إلى الثبوت . وقد ذكرنا في تصرف القوام أنهم لو شاؤوا<sup>(١)</sup> أن يُفرضوا مالَ الطفل على موجب المصلحة ، فلا معترضٌ عليه .

٣٩٧٨ - ثم قال صاحب التقريب : إذا أراد القاضي أن يبتدئ قسمة المال ، لم يُحوج الغرماء أن يقيموا بيتَّة على أنه لا غريم للمحجور غيرُنا . وقد نقول : لا يقسم المحاكم التركة بين ورثة المتوفى ، حتى تقوم بيتَّة من أقوام ذوي خبرة بباطن أمر المتوفى أنهم لا يعرفون [له]<sup>(٢)</sup> على طول المخالطة والخبرة وارثًا سوى الحاضرين . وسيأتي ذلك في كتاب الدعاوى ، إن شاء الله عز وجل .

قال صاحب التقريب : إذا حجر القاضي ، وشهر حجره ، وأشاعه في الناس ، كفى ذلك في حصول الغلبة على الظن بأنه لا غريم له سوى هؤلاء ؛ إذ لو كانوا لاظهروا . ولما حجر عمر رضي الله عنه على الجهني ، اكتفى بأن شهر الحجر بذكره إياه في أثناء الخطبة . وما ذكره صاحب التقريب حسن . ولكن لا فرق عندنا بين القسمة على الغرماء ، والقسمة على الورثة ، فحيث نقول : لا بد من إقامة الشهادة على أن لا وارث ، فلا بد من مثله في القسمة على الغرماء .

٣٩٧٩ - وممَّا يتعلق بتمام الفصل أن القاضي إذا قسم ما وجد من ماله على غرمائه ، واعترف الغرماء بأن لا مال له سوى المقسم علينا ، فهل يُحکم بانطلاق الحجر عنه ، ش ٢٣٧ أم لا بد / أن يتولى القاضي إطلاقه ؟ فعلَّ وجهين في طريقة العراق : أحدهما - أنه لا حاجة إلى إطلاقه ؛ فإن موجب الحجر قد زال . والثاني - أنه لا بد من الإطلاق ؛ فإن ذلك مجتهَدٌ فيه ، وقد تمس الحاجة إلى مزيد بحث ، فليتوقف الأمر على إطلاق القاضي ، حسماً للمادة ، وقطعاً للتهمة ، وكما لا يثبت الحجر ابتداء من غير ضرب ، ينبغي ألا ينحلَّ انتهاءً من غير رفع ، وليس كحجر الجنون والصبا ، على ما سيأتي ذكرهما في كتاب الحجر ، إن شاء الله تعالى .

(١) (ت ٢) : رأوا .

(٢) ساقطة من الأصل .

٣٩٨٠ - ثم المنصوبُ الذي يتولى بيع مال المفلس بإذن الحاكم ليس له أن يسلّم مبيعاً من ماله قبل توفير الثمن عليه . وقد ذكرنا في أن البداية في التسليم بالبائع أو المشتري أقوالاً في كتاب البيع ، ولا يجري منها في الذي يبيع مال المفلس إلا قولان : أحدهما - أن المشتري منه هو المجبور على تسليم الثمن . والقول الثاني - أنهما يجبران على تسليم المبيع والثمن [معاً]<sup>(١)</sup> ولا يخرج قولنا : إن البائع يجبر على البداية ؛ من جهة أنه يجب على النائب رعاية حق من يتصرف له . هذا هو اللائق بمنصب النائب الأمين . ولا يخرج أيضاً قولنا : لا يجبران ؛ فإن الحاجة ماسة إلى تجيز الأمر ، حتى لا يطول أمد الحجر .

٣٩٨١ - وقد يقع الفرض في صورة لا يخرج فيها إلا قول واحد . وهو أن يكون البائع نائباً كما ذكرناه ، ويكون المشتري وكيلأً أيضاً ، فلا يخرج في هذه الصورة [قول<sup>(٢)</sup>] إجبار المشتري على البداية ، وينحصر الجواب في أنهما يجبران معاً ، حتى يتوفّر الغرضان ، ويعتدل الجانبان .

وما ذكرناه في [المتصرف]<sup>(٣)</sup> في مال المحجور يجري في كُلّ وكيل .

٣٩٨٢ - ولو باع الوكيل سلعة موكّله ، ونهيّنا عن البداية بالتسليم ، كما تقرر ، فلو ابدر وسلم المبيع ، فقد تعدّى وأساء ، ولو وفر<sup>(٤)</sup> الثمن عليه ، خرج عن حكم العهدة ، إذا كان مأذوناً له في قبض الثمن ، ولا نقول : تعدّيه في البداية يُدين عليه حكم العدوان في الثمن الذي توفر عليه .

ولو سلم المبيع ، وعسر قبض الثمن ، وفات الأمر ، فيضمّن الوكيل . وفيما يضمّنه وجهان ذكرهما صاحب التقريب : أحدهما - أنه يضمّن الثمن ؛ فإنه فوت متعلّق الثمن ، وكان كالشاهد الزور إذا أوقعت شهادته حيلولة ، ثم رجع عن شهادته . وهذا

(١) في الأصل : جميعاً .

(٢) في الأصل : إلا قول . والمثبت من (ت٢) .

(٣) في الأصل : المصرف .

(٤) (ت٢) : توفر .

القائل يقصد مذهبه بأن تغريم الوكيل قيمة المبيع للموكل بالبيع بعيد ، والمبيع ليس ملكاً بعد البيع للموكل بالبيع . وليس كالمرهون الذي يضمن متلفه قيمته للمرهون ؛ فإن حق الوثيقة يتعدى إلى القيمة .

والوجه الثاني : أنه يضمن قيمة المبيع ، من جهة أنه التزام بالخوض في البيع ألا يسلمه ، ولا يثبت حق موكله فيه إلا بشرط ، فإذا لم يف بالشرط ، لزمته القيمة ؛ نظراً إلى ما قبل البيع . وإن كان المبيع عند التسلیم خارجاً عن ملك الموكل .

٣٩٨٣- وهذا الضمان على الجملة بدعٌ خارج عن قانون الضمان ؛ فإنه لم يلتزم الثمنَ بجهةٍ ، ولما سلم المبيع ، لم يجر عدوانه في ملك الموكل ، وحق الحبس لا يضمن بالقيمة ، فالقياس الكلي نفيُ الضمان ، والاقتصر على تأثيم الوكيل إن عمد ؛ فإن المشتري إذا قبض المبيع ، وأتلفه ، فقد وقع القبض مستحقاً . ولكن اتفق الأصحاب على الضمان . وهو من آثار عهدة العقد ، فالأوجه إذاً لا يلزم الوكيل إلا ٢٣٨ الأقل ؛ فإن كان/ الثمن أقلَّ من القيمة ، لم<sup>(١)</sup> يلزمه إلا الثمن . وإن كانت القيمة أقلَّ ، فقد يقول الوكيل : احسبني غاصب عين ومتلفها .

وإذاً الثمن ، والقيمة أقل ، له وجہٌ على بعد ، وأما إلزامه القيمة والثمن أقل ، فلا وجه له .

### فصلٌ ثالثٌ

قال : « وينبغي أن يشهد أنه وقف ماله . . . إلى آخره »<sup>(٢)</sup> .

٣٩٨٤- إذا حجر على المفلس الحاكم ، فالأولى أن يشهد على الحجر<sup>(٣)</sup> وليس ذلك بواجب ، ولكن الأولى ما ذكرناه . والغرض منه شهْرُ الحجر<sup>(٣)</sup> ، ونشر الأمر ، والتأكد بالشهاد ، حتى إذا ظهر ذلك ، لم يعامل المحجور اغتراراً بما عهد له من مال .

٣٩٨٥- ثم ذكر الشافعي تفصيل القول فيما يمتنع من تصرفات المحجور .

(١) عبارة (ت ٢) : بعد أن يلزمه أكثر من الثمن .

(٢) ر. المختصر : ٢٢٢/٢ .

(٣) ساقط من (ت ٢) ما بين القوسين .

والقول الجامع أن تصرفاته تنقسم إلى ما يتعلق بعين ماله ، وإلى ما لا يتعلق بها : فأما ما يتعلق<sup>(١)</sup> بعين ماله ، فلا ينفذ في الحال انفراده بالتصرفات ، وهذا أثر الحجر ، ولو كان من ماله عيده ، فأعتقدم ، لم يتتجز نفوذ العتق فيهم وفاما ، وإذا مست الحاجة إلى بيعهم في الديون ، بعنائهم ، وصرفنا أثمانهم إلى الغرماء . وإن جزم المفلس إعتقدم .

٣٩٨٦ - ولو أعتقد الراهن العبد المرهون ، فقد اختلف القول في نفوذ عتقه ، فقد نقول : في قولٍ : ينفذ عتقه ، وإن كان معسراً . وهذا مما يجب التنبيه له ، والوقفُ عنده ؛ فإنَّ الفقيه قد يرى الحجر بالرهن المنبرم بالإقباض آكلاً . والتحقيق في هذا أن القاضي يحجر على تصرفه ، وليس يرهن ماله ، فأثر حجره منعه من التصرف . والرهن متضمنه تعليق وثيقة بعين ، فتخيل قائلون أن ملك الراهن أقوى من حق وثيقة المرتهن . ولكن إذا أعتقد المفلس عبداً ، واتفق تأدية الديون ، بأن وجدنا راغبين اشتَرَّوا الأمتعة بأكثر من قيمتها ، وفضلَ ذلك العبد ، فهل حكمُ بنفوذ العتق فيه ، وقد برئت الذمة ؟ فعلى قولين ، وتوجيههما : أن العتق من المفلس مردود أم موقف ؟ فعلى قولين : أحدهما - أنه مردود ؛ فإن الحجر تضمن إبطال عباراته في التصرفات المتعلقة بالمال ، فلغا ما قال .

والقول الثاني - العتق موقف ؛ فإن القاضي لم يلحق المحجور عليه المفلس بالناقص بصياغ أو سفهه ، وإنما راعى حق الغرماء ، فالملبس تأمُّ بصفته ، والعتق قابل [للوقف]<sup>(٢)</sup> ، فانتظم منه انتظار العاقبة . ثم إذا فضل ذلك العبد ، تبيّنا نفوذ العتق على هذا القول من وقت اللفظ . هذا في إعتقده .

٣٩٨٧ - ولو كاتب عبداً لم تنجز الكتابة ، حتى نقدرها مانعة من صرف هذا العبد إلى الدين . ولكن لو فضل هذا العبد عن الديون ، كما صورناه في العتق ، ففي نفوذ الكتابة على مذهب التبيّن القولان .

(١) ما بين القوسين سقط من (ت ٢) .

(٢) في الأصل : التوقف .

ولو باع شيئاً من أمواله ، لم يكن بيعه مانعاً للقاضي من تصرفه<sup>(١)</sup> اللائق بالحال . ول لكن لو فضل ذلك المبيع ، ففي نفوذ البيع على التبيّن قوله .

**٣٩٨٨** - وكان شيخي يرتب هذه المسائل ، ويجعل العتق أولى بالنفوذ ؛ من قبل قبوله التعليق بالأغراض<sup>(٢)</sup> ، والوقف دون التصرير بالتعليق . والكتابة تلي العتق ، وستأخر عنه لما فيها من المعاوضة . والبيع يتربّ على الكتابة ، وهو أولى بأن لا ينفذ ؛ لأنّه معاوضة محضّة عريّة عن قبول التعليق بالأغراض ، والهبة في هذا الترتيب في درجة البيع ، فإنّها لا تُعلق ، كما أنّ البيع لا يعلق .  
فهذا بيان ترتيب هذه المسائل .

**٣٩٨٩** - فإن رأينا إلغاء هذه التصرفات وإبطالها في الحال والمآل ، تصرفنا في ش ٢٣٨ المبيع ، والمعتّق والمكاتب تصرّفنا في سائر الأموال . وإن رأينا إجراءها على / الوقف ، وأمكننا تأدية الديون دون التصرف في مجال تصرفات المفلس ، آخرنا مجال تصرفه ، وإن انتهت الحاجة إليها ، ابتدأنا ما وبه ، وقدمنا التصرف فيه على التصرف في المبيع ؛ فإن البيع ألزم من الهبة ، وأبعد من النقض ، ثم نتصرف بعد الموهوب في المبيع ، ثم في المكاتب ، و يؤخر العتق . وهذا الذي ذكره على قول الوقف استحقاق ، وترتيبه واجب ، وليس على مذهب الأولى والمستحب ، وكل تصرف كان أقوى ، فإنّا نؤخر محلّه جهداً .

**٣٩٩٠** - ولو لم نجد زبوناً يستري من أمتعة المحجور إلا العبد الذي أعتقه ، والتفرّع على قول الوقف ، فقال الغرماء : حاجتنا ماسة في الحال إلى شيء ، فلا

(١) كأن بالعبارة نوعاً من الغموض . فالمعنى : أن بيع المفلس شيئاً من ماله - يكون موقوفاً ، ولا يمنع القاضي من تصرفه في أمواله بما يليق بحال مصلحة الغرماء .

(٢) كذا في النسختين ، وعند الرافعي حكاية هذا الكلام عن الشيخ أبي محمد بلفظ : « العتق أولى بالنفوذ لقبوله الوقف ، وتعلقه بالإقرار ، وتليه الكتابة .. إلخ » (ر . فتح العزيز : ٢٠٥ / ١٠) . وكأنّي بها مصحّحة عند الرافعي ، وعندنا هنا أقرب للصواب ؛ فالمعنى أن العتق يقبل التعليق بالأغراض (أي ما يتّظر ويتوّقع) والوقف دون التعليق ، فهو أكثر قبولاً ، أي صحة .

تؤخرنا حقنا ، ونجزوا بيع هذا العبد ، فهذا فيه احتمال ظاهر ؛ فإن تأخير حقوقهم بعيد ، وإبطال الإعتاق لتوقف<sup>(١)</sup> - مع الاستعمال والتشمير - فيه<sup>(٢)</sup> بعيد<sup>(٣)</sup> أيضا ؛ فلينظر الناظر .

وغالب الظن أن الغرماء يجذبون في الصورة التي ذكرناها .

لهذا بيان تصرفات المفلس في أعيان أمواله .

٣٩٩١ - فأما تصرفه الذي لا يتعلّق بعين ماله، فنذكر ما قد يخفى ، وترك ما لا خفاء به ، كنفوذ طلاقه وخلعه ، وعفوه عن القصاص ، واستلحاق النسب ، ونفيه باللعان ، فلا خفاء بكنفوذ هذه الأشياء .

٣٩٩٢ - والذي يعني به أنه لو نكح امرأة ، صحيحا . وإن كان النكاح يلزمه النفقة ، على ما سنعيد هذا في الفصل المشتمل على بيان النفقات ، إن شاء الله تعالى .

٣٩٩٣ - ولا شك أنه لو اتهب ، أو قبل الوصية ، صحيحة ذلك منه ؛ فإن ما يأتي به من هذه الأجناس اكتساب أموال ، وليس تصرفًا في المال الذي اشتمل الحجر عليه .

٣٩٩٤ - ولو اشتري المفلس ، فالذهب الأصح أن شراءه صحيح ، إذا كان الثمن وارداً على الذمة ؛ فإنه ليس محجوراً عليه في لفظه وذمته . وذكر بعض أصحابنا قوله في إبطال شراءه ، توجيهه يظهر بالتفريع .

إذن قلنا : لا يصح الشراء ، فلا كلام . وإن قلنا : يصح الشراء ، فلا يؤدّي الثمن

(١) كذلك . وحكى الرافعي عن الإمام هذه المسألة بصيغة أخرى ليس فيها هذا اللفظ ، قال : « قال الإمام : ولو لم يوجد راغب في أموال المفلس إلا في العبد المعتق ، وقال الغرماء : بيعوه ، ونجزوا حقنا ، ففيه احتمال ، وغالب الظن أنهم يجذبون » ١ . هـ (ر . الشرح الكبير بهامش المجموع : ٢٠٥ / ١٠ ) .

(٢) فيه أي الإعتاق . (ولعلها : المتوقف فيه).

(٣) في الأصل ، كما في (ت ٢) : بعيد . والمثبت تقديرنا . ومعنى العبارة - كما هو واضح من السياق - إن تأخير حقوقهم بعيد ، وإبطال الإعتاق الموقوف - مع تشميرنا واجتهدنا في البحث عن المشتررين - بعيد أيضا . والله أعلم . والعبارة على أي حال فيها نوع قلق .

من المال الذي اشتمل الحجر عليه . ولكن هذا يخرج عننا على الخلاف المقدم في أن المال الذي يحدث للمحgor هل يشتمل عليه الحجر ؟ فإن قلنا : يشتمل الحجر على ما يستحدثه ، فهذا القياس يقتضي أن يصرف ما اشتراه إلى ديونه ، ويقال لمعامله والبائع منه : أَسأْتَ إِذْ عَامَلْتَه<sup>(١)</sup> ، فاكتف بذمته ، وارتقب يُسره في ثاني الحال . هذا هو القياس ، وفيه تحقيق<sup>(٢)</sup> .

**٣٩٩٥**- وحاصل المذهب المأخذ من مرامز كلام الأصحاب وجهان : أحدهما - ما ذكرناه ، وهو أن الغرماء يتضاربون في المبيع ، والبائع محالٌ على ذمة المفلس ، يطالبه بالثمن إذا انطلق عنه الحجر . وتعليله ما ذكرناه .

والوجه الثاني - أن البائع لا يضارب الغرماء في الأموال التي انعقد الحجر عليها ؛ فإن دينه جديد ، ولكنه يضارب الغرماء في ثمن المبيع المستفاد منه ؛ فإن دينه يثبت مع ثبوت الملك في المبيع ، وهو عوض المبيع . فلا أقل من أن يشارك الغرماء في العين المبيعة .

**٣٩٩٦**- وممّا يتعلّق بتمام البيان في هذا الفصل القولُ في أن البائع لو أراد الرجوع في العين [المبيعة]<sup>(٣)</sup> على الأصل الممهد في إثبات ذلك للبائع ، إذا وجد عين ما باعه في يد المشتري . ونحن نقدم على ذلك مسألة ، ذكرها الشيخ في شرح التلخيص : وهي أنَّ العبد القرنَّ لو اشتريَّ بغير إذن سيده شيئاً ، فالذهب أن البيع فاسد ، ومن أصحابنا من حكم بصحة البيع . وقد ذكرنا ذلك في كتاب البيع .

فإن فرعنا على صحة البيع ، فلاشك أنه يتذرّع على البائع استيفاء الثمن ؛ فإن ٢٣٩ متعلقه الذمة على / الإطلاق ، وكل دين تعلق بالذمة ، فالعبد لا يطالب به في رقه ، ولكن إذا عتق أتبع به .

إذا علم البائع ذلك ، وكان الثمن حالاً ، ولم يكن عالماً بكونه عبداً حالة العقد ،

(١) (ت ٢) : بایعه .

(٢) (ت ٢) : تحیف .

(٣) في الأصل : المبيع .

فله حق فسخ البيع ، والرجوع إلى المبيع . قطع به الشيخ ، وحکى فيه وفاق الأصحاب .

ولو كان عالماً بحقيقة رقة عند البيع ، ففي ثبوت الخيار وجهان : أحدهما - أنه يثبت الخيار . وهو الذي حکاه الشيخ في الشرح . والثاني - أنه لا خيار له ، حکاه غيره ، ووجهه أنه أقدم على معاملته مع العلم بحقيقة صفتة ، فلا يثبت الخيار لمن يكون مطلعاً على سببه عند العقد .

فإذا ثبتت هذه المقدمة ، عدنا إلى غرضنا ، فنقول :

٣٩٩٧- إذا باع شيئاً من المفلس المحجور عليه ، وكان عالماً بحاله عند العقد ، فظاهر المذهب أنه لا خيار له ، بخلاف العبد ؛ فإن انطلاق الحجر عنه مأمولٌ قريب ، غير بعيد ، بخلاف العتق ؛ فإن توقعه<sup>(١)</sup> بعيد ، وظاهر الرق الاستمرار ، فإذا انضم ذلك إلى علمه بفلسه ، امتنع ثبوت الخيار .

وفي المسألة وجه آخر بعيد : أن الخيار يثبت كما ذكرناه في العبد إذا اشتري بغير إذن مولاه ، ووجه الجمع بين واضح .

ولو باع من المفلس ظاناً أنه مطلق في تصرفه ، فإذا تبين له فلسه ، واطراد الحجر عليه ، فالظاهر أنه يثبت له حق الفسخ ؛ لاطلاعه على السبب الذي تعذر به استيفاء الثمن .

ومن أصحابنا من لم يثبت الخيار في هذه الصورة ؛ إذ لا خلاف أنه لو باع من معسر غير محجور عليه ، لم يكن له أن يفسخ ، إذا اطلع على إعساره ، حتى يُحجز عليه . والحجر الواقع في مسألتنا لم يضرب لأجل البائع ، بل كان المحجور مطلقاً في حق البيع الذي جرى ؛ فإنه استبدل بنفسه فيه ، فتفذناه دون مراجعة الوالي والغرماء ، فكان بيده مستثنى عن حكم الحجر ، وهو بمثابة ما لو باع شيئاً من ظنه موسراً ، وسلمه إليه ، ثم تبين أنه معسر ؛ فإنه لا يفسخ البيع من غير حجر على المشتري .

٣٩٩٨- وما يتعلق بتصرفات المفلس ، أنه لو أقر في حال قيام الحجر بدين في

(١) (ت٢) : موقعه .

ذمته ، فالمحرر له لا يضارب الغرماء الذين ثبتت ديونهم إذا لم يصدقوا المفلس . ولكن الدين يثبت في ذمة المفلس للمحرر له ، يطالبه به إذا انطلق الحجر عنه ، واستفاد مالاً . وهذا متفق عليه ؛ فإن الإقرار ليس عقداً أنشأه .

وإذا كنا نقول : الظاهر صحة شرائه لوروده على الذمة ، وإن كان الشراء عقداً عهدة على الجملة ، فالإقرار الذي هو إجبار محض يلزم ذمته المحرر به لا محالة . من غير تخيل خلاف ، ولكن لا يضارب المحرر له الغرماء في الأموال التي جرى الحجر فيها .

٣٩٩٩- ولو أقر المفلس بأن عيناً من الأعيان - التي اطرد الحجر عليها ظاهراً وكانت في يده مغصوبة<sup>(١)</sup> ، وهي لفلان ، فقد نص الشافعى في كتبه القديمة على قولين في إقراره بالعين : أحدهما - أنه لا ينفذ في الحال ، وإن مست الحاجة إلى صرفها إلى ديونه ، صرفت إليها . والثانى - أن إقراره ينفذ في العين ، وهي مصروفة إلى المحرر له بها ؛ فإن عبارة المفلس صحيحة ، ولا تهمة في قوله .

فقال الأئمة: يجب طرد القولين في الإقرار بالدين المرسل : أحدهما - أن المحرر له لا يضارب الغرماء بالدين . والثانى - أنه يضارب تخرجاً على قبول إقراره بالعين ناجزاً . وهذا القول يتوجه في القياس . وفي الجملة لا فرق بين الدين والعين .

ش ٢٣٩ والمريض وإن كان محجوراً عليه في الزائد على الثالث ، فإقراره بالدين المستغرق / مقبول . وكذلك لو أقر بعين مالٍ، قبل إقراره .

٤٠٠- فإن قيل : قطعتم القول برد عتقه وبيعه في الحال ، وذكرتم القولين في نفوذهما لو سلم محالهما عن الصرف إلى الديون على مذهب الوقف ، وذكرتم قولآ في تنفيذ الإقرار بالعين والدين المرسل ناجزاً ، وإن أضر ذلك بالغرماء . قلنا : هو كذلك ؛ فإن الحجر مقصوده منع المحجور عليه من التصرف ؛ فتنفيذ تصرفه فيما جرى الحجر عليه يناقض مقصود الحجر ، والحجر لم يسلبه العبارة عن أمير مضى ، وليس هو إنشاء تصرف في الحال<sup>(٢)</sup> ؛ فكان ذلك فرقاً واضحاً .

(١) خبر (أن) في قوله : بأن عيناً .

(٢) (ت٢) : المال .

وإذا لم ينفذ إقراره بالعين في الحال ، ولكن سلّمت العين عن الصرف إلى الديون ، وانطلق الحجر ، فلا خلاف في مؤاخذة المحجور بإقراره في تلك العين بعد ارتفاع الحجر ، ولا يخرج على القولين المذكورين في البيع والعتق وغيرهما ؛ فإنَّ مذهب الوقف في العقود على التردد مشهور ، والإقرار يتحمل مثل ذلك ، ولو قال إنسان : إن فلاناً أعتقد ، فرُدّ قوله فيه ، فلو اشتراه ، كان مؤاخذًا بمحاجب قوله السابق .

فهذا متنه المراد في تصرفات المفلس في غرض الفصل .

### فصل

قال : « وذهب بعض المفتين إلى أن ديون المفلس تحل بالحجر . . . إلى آخره »<sup>(١)</sup> .

٤٠٠١ - لا خلاف أن من مات وعليه ديون مؤجلة ، حلت الديون بموته ، وهذا متفق عليه ، وإن كان قد يظهر إضرار ذلك بالورثة ؛ فإن الدين المؤجل إلى عشرين سنة لا يساوي شيئاً به مبالغة ؛ وإذا حل الدين ، فقد تضاعفت المالية في حق مستحق الدين ، ولكن الأمر على ما وصفناه .

٤٠٠٢ - ولو جن من عليه ديون مؤجلة ، ففي حلول الدين وقد استمر الجنون قولان : أصحهما - أنها لا تحل ؛ فإن حلولها على الميت غير منقادس . على أن الممكن أن الآجال مهلٌ وفسحٌ . والغرض منها طلب لمحل الدين في مدة الأجل ؛ وذلك مأيوسٌ منه في حق المتوفى ؛ فإن الموت حسم إمكان العمل ، واستأصل أصل الأجل ؛ فلا يبعد أن يقطع مدة الأجل ، وهذا لا يتحقق في طريان الجنون ؛ فإن الآمال ميسوطة ، ما بقيت الحياة .

٤٠٠٣ - وكان شيخي أبو محمد يذكر في طريان الجنون القولين ، كما ذكرناهما .

(١) ر . المختصر : ٢٢٢ / ٢ .

ثم كان يذكر في طريان الحجر بسبب الفلس قولين مرتبين على القولين في الجنون ، ويجعل الجنون أولى بمشاهدة [الموت]<sup>(١)</sup> في اقتضاء الحلول من الحجر ؛ من قبل أن المجنون لا استقلال له ، ولكن يخلفه قيئمه ووليه ، كما يخلف الوارث الموروث ، والمفلس ليس خارجاً عن الاستقلال في التصرفات المختصة به .

وهذا فيه نظر عندي ؛ من قبل أن قيئم المجنون لو أراد أن يتصرف له تصرفاً مشتملاً على ثمن مؤجل ، لم يمتنع ذلك ابتداءً ؛ وإذا كان لا يمتنع ما ذكرناه ابتداء ، فاقتضاوه قطعاً الأجل محالٌ لا اتجاه له . والوجه عندي تخصيص القولين بالفلس المعجوز ، نظراً لمستحق الدين ، والحجر مضروبٌ لمصلحة أصحاب الديون .

وبالجملة لا وجه للمصير إلى حلول الأجل في غير الموت . والمعتمد في الموت الاتّباع كما ذكرناه . ولا يستدّ فيه معنى على السبر .

ونحن الآن نفرّع على القولين في حلول الأجل وبقائه ، فنقول :

٤٠٤- إن حكمنا بأن الأجل لا ينقطع ، والدين لا يحل ، فنتكلم في أمرين : أحدهما - المضاربة بالدين المؤجل . والثاني - فسخ البيع .

٤٠٥- فأمّا الكلام في فسخ البيع ، فالملذهب / الأصح أن من باع شيئاً بثمن مؤجل ، وفلس المشتري بسبب دين حالة ، فليس للبائع ، والثمن مؤجل أن يفسخ البيع ، ويرجع إلى عين<sup>(٢)</sup> المبيع ؛ فإن الأجل يمنع حق الطلب ، والفسخ متربٌ على تعذر الثمن المطلوب .

وذكر العراقيون ، وغيرهم وجهاً آخر ، وقالوا : نقرر المبيع ، ولا نصرفه إلى الديون الحالة ، وننظر ما يكون ، فإن حل الأجل والحجر قائم بعد ، فللبائع حق الفسخ ، وإن كان الحجر قد انطلق ، وأمكن استيفاء الثمن كاملاً ، استوفاه البائع ، وإن كان معسراً ، فقد ثبت حق الفسخ ، كما سنصفه في التفريع .

وهذا القائل يحتاج بأصل هذا الوجه بأن حق البائع متعلق بالمبيع ، تعلق حق

(١) في الأصل : الجنون .

(٢) (ت٢) : نفس .

المرتهن بالمرهون . ثم لو فرض دَيْنٌ مُؤجَّلٌ موثق برهن ، ثم جرى الحجر ، فاختصاص المرتهن بالرهن قائم مع استمرارِ الأجل ، فليكن الأمر كذلك في الثمن المؤجل .

وهذا مزيف عند المحققين ؛ فإن اختصاص المرتهن كان ثابتاً مقدماً على جريان الحجر ، فدام ذلك الحق . ومن باع شيئاً مُؤجَّلاً ، فمقتضى بيعه تسليمُ المبيع ، وتركُ التعلق به ، إثبات الاختصاص بالمبيع مع دوام الأجل بعيد .

وهذا الوجه على بعده مشهور ؛ فلابد من تفصيله بالتفريع ، فنقول :

إذا حل الأجل والحجر قائم ، فحق الفسخ يثبت كما ذكرناه ، وإن انطلق الحجر ، وحل الأجل والمشتري معسر ، فالظاهر على هذا الوجه أن يفسخ البيع من غير حاجة إلى إعادة الحجر ؛ فإن وقفنا [المبيع]<sup>(١)</sup> وعزلنا إياه على انتظار حلول الأجل من أحكام الحجر ، فكان حكم الحجر قائم باقي في حق المبيع .

ومن أئمتنا من قال : إذا حل الأجل والعسر دائم ، أعدنا الحجر ، ليفسخ البائع . وهذا بعيد غير سديد .

٤٠٠٥- وما يتصل ببيان هذه القاعدة أنا إذا كنا لا نحكم بحلول الأجل ؛ جرياً على الصحيح ، فلو لم يكن على المشتري إلا أثمان مؤجلة ، ولم يكن عليه دين حال ، فلا يثبت لأصحاب الأثمان المؤجلة طلب الحجر عليه ، وإن فرعننا على الوجه بعيد في عزل المبيع للبائع بالثمن المؤجل ؛ فإن من لا يملك طلب الثمن كيف يملك طلب الحجر ؟ والتفرريع على بقاء الأجل . وإن رأينا عزل المبيع [وانتظار]<sup>(٢)</sup> حلول الأجل ، فسيبه ألا يصرف المبيع إلى الديون الحالة ، فيخيب البائع . وهذا واضح لا إشكال فيه .

وما ذكرناه تمام الغرض في حكم فسخ البيع على الوجه الذي فرعننا عليه .

٤٠٠٦- فاما القول في المضاربة بالدين المؤجل ، فقد قطع الأصحاب كافة بأن صاحب الدين المؤجل لا يعزل له مقدار دينه ؛ فإن أصحاب الديون الحالة يختصون

(١) في الأصل : البيع .

(٢) في الأصل : غير مقروءة . وأثبتناها من (ت٢) .

بالتضارب في الأموال العتيدة التي جرى الحجر فيها ، واطرد عليها ، والوجه الذي حكيناه في عزل المبيع سببه على بعده تشبيه<sup>(١)</sup> المبيع بالمرهون . وهذا المعنى لا ينقدح في مؤجل لا متعلق له بعين .

٤٠٧ - وكل ما ذكرناه تفريع على أن الأجل لا يحلّ ، فأمّا إذا قلنا : بحلول الأجل ، فأصحابُ الديون المؤجلة يضاربون أصحاب الديون الحالة . وهذه فائدة الحلول .

ولا يشك فقيه في أن من مات ، وكانت عليه ديون حالة ، وأخرى مؤجلة ، ووقع الحكم بالحلول بسبب الموت ، استوى في التضارب من كان دينه مؤجلاً ، ومن كان دينه حالاً .

ولو كان في يد المفلس مبيع ، وقد وقع [الحكم]<sup>(٢)</sup> بحلول الثمن ، فالمنذهب أن البائع يملك فسخ البيع بسبب حلول الثمن مع الحجر .

ش ٤٠٩ - ومن أصحابنا من قال : وإن حكمنا بحلول الثمن ، فلا يثبت حق الفسخ ، والسبب فيه أن البيع مع الأجل مبناه على انقطاع حق البائع عن المبيع / بالكلية ، ولهذا لا يثبت للبائع حق حبس المبيع إذا كان الثمن مؤجلاً ، فلا ينبغي أن يتغير البيع<sup>(٣)</sup> عن وضعه ، وينقلب البائع إلى التعلق بالمبيع ، وهذا ضعيف لا أصل له ؛ فإن الثمن إذا كان حالاً ، فحق الحبس يبطل بتسليم المبيع إلى المشتري طوعاً قبل استيفاء الثمن ، ثم يعود تعلق البائع بالمبيع بسبب طريان الفلس ؟ فالوجه إذا القطع بأنه يثبت للبائع حق الحبس<sup>(٤)</sup> إذا فرّعنا على اقتضاء الحجر حلول الثمن .

٤٠٨ - وذكر بعض أصحابنا وجهاً بعيداً في التفريع على وجه الحلول ، فقال : فائدة الحكم بالحلول ألا يخيب من كان حقه مؤجلاً . وإذا كان كذلك ، اكتفينا بأن

(١) (ت٢) : تشبيه .

(٢) في الأصل تردد الناسخ بين الحجر والحكم ، وصوب واحدة منها بالأخرى ، فلم نعلم اختياره . والمثبت من (ت٢) . وهو أوفق للسياق .

(٣) (ت٢) : المبيع .

(٤) (ت٢) : الفسخ .

عزل حقًّ من كان دينه مؤجلاً على ما يقتضي حساب التضارب ، ثم ننتظر حلول الأجل ، فكأن الأجل باقٍ في حق المفلس ، وإن سقط أثره في حقوق الغرماء ، الذين هم أصحاب الديون الحالة .

وهذا مزييف لا أعده من المذهب ، ولا يجب أن نعتقد جريان هذا الوجه الضعيف في حق الميت إذا حلت الديون عليه ؛ فإنه ليس للانتظار وجہ في حقوق الورثة . وإنما ذكر الأصحاب هذا الوجه في حق المفلس الحي ، وهو باطل حيث ذكروه .

٤٠٩ - وما يتعلّق بتمام البيان في التفريع على حلول الديون في حق المفلس أنه إذا لم يكن على الإنسان دَيْنٌ حال ، وإنما ديونه مؤجلة كلها ، فهل يملك أصحابها المطالبة بالحجر حتى لا تضيع حقوقهم ؟ فعلى وجهين : أحدهما - أنهم يملكون ذلك ؛ فإن ديونهم تحل بالحجر ، فينبغي أن يملكون طلبه .

والثاني - لا يملكون ذلك ؛ فإن طلب الحجر يتبع طلب الدين ، وليس ذلك ثابتاً لهم ، فكيف يملكون الحجر وطلبه ، وهم لا يملكون طلب أصل الدين ، حتى إذا تعذر مطلوبهم توصلوا إلى استدعاء الحجر ، وهذا الوجه أصح وأقيس .

**فِرَعُ:** ٤١٠ - إذا قلنا : لا يحل الأجل بالحجر ، فلو باع الإنسان شيئاً بشمن مؤجل ، وحل الأجل ، وحجر على المفلس ، والمبيع قائم ، فالذهب أن البائع يملك فسخ البيع ، طرداً للقياس في الباب .

وقال بعض أصحابنا : لا يملك الفسخ ؛ لأن مبني العقد على انقطاع علاقه البائع عن المبيع بالكلية . وهذا غير سديد .

ولا خلاف أن أصحاب الديون المؤجلة إذا حلت حقوقهم ، ملکوا طلب الحجر ، كما يملكونه من كان أصل دينه حالاً .

**فِرَعُ:** ٤١١ - إذا باع شيئاً من عبدٍ بغير إذن مواليه ، وفرّعنا على الوجه الضعيف في صحة البيع ، فلو أراد البائع فسخ البيع ، قبل حلول الأجل ، لم يملكه . قطع به الشیخ في الشرح .

وإذا حل الأجل ، فأراد الفسخ ، فقد قطع أيضاً بأنه لا يفسخ . وهذا محتمل أن

يثبت له حق الفسخ ، كما إذا كان الثمن حالاً ، ولهذا قلنا : يثبت حق الفسخ لمن كان الثمن في بيعه مؤجلاً ، ثم يحل قبل الحجر ، ثم يتفق الحجر .

وإذا فرعننا على أن الثمن لا يحل بالحجر ، وجرينا على أنه لا يثبت للبائع حق الفسخ بأن يعزل المبيع له ، وحكمنا بأن المبيع مستحق الصرف إلى الديون الحالة ، فلو لم يتافق صرفه إليها حتى حل الأجل في أثناء الأمر ، فهل يثبت له الآن حق الفسخ فيه احتمال ، وتردد ، مترب على ما مهدناه في نظائر ذلك .

### فصل

قال : « ولو جُنِيَ عَلَيْهِ عَمْدًا... إِلَى آخِرِهِ »<sup>(١)</sup> .

٤٠١٢ - مضمون الفصل / ذِكْرُ الجنائية على المفلس ، وعلى عبده ، وذُكْرُ جنائية المفلس وجنائية عبده .

فأمّا الجنائية على المفلس ، فإن كانت موجبة للقصاص ، فله حق الاقتصاص ، وليس للغرماء أن يكلفوه العفو على مال ليصرف إلى حقوقهم . وإن عفا على مال ، صُرف إلى ديونه ؛ تفريعاً على الأصح في أن ما يستفيده المفلس جديداً ، فحكم الحجر جارٍ فيه . وإن عفا المفلس على غير مال ، فهذا يتفرع على أن موجب العمد ماذا ؟ وسيأتي شرح هذا في كتاب الجراح ، والفصل بين المفلس وبين المبدّر والسفيه .

ولو كانت الجنائية موجبة للمال ابتداءً ، فهو مصروف إلى الديون ؛ جرياً على اطراد الحجر على المال المستحدث .

والجنائية على عبد المفلس كالجنائية على المفلس نفسه ، فتنقسم إلى العمد وغيره . وتفصيل القصاص والعفو عنه ، كما سبقت الإشارة إليه ، وإحالة الاستقصاء على كتاب الجراح .

٤٠١٣ - فاما إذا جنى المفلس ، فلا يخفى تفصيل القصاص عليه . وإن جنى جنائية موجّبها المال ، لم يشارك المجنى عليه أصحاب الديون في الأموال التي جرى الحجر

(١) ر . المختصر : ٢٢٢/٢ .

فيها ؛ فإن الأرش دينٌ جديدٌ ، وليس متعلقاً بمصلحة الحجر ، فإن صدرت الجنائية من عبد المفلس ، فهو من جملة الأموال الموقوفة للغرماء ، ولو أراد المفلس أن يفديه بعين من أعيان أمواله ، فهذا تصرُّفٌ منه في أعيان الأموال ، وقد سبق التفصيل في تصرفاتِه ، فلا حاجة إلى إعادتها . والقاضي لو أراد الفداء ، ورأى ذلك مصلحة وغبطة ، نفذ ذلك منه . وحق المجنى عليه إذا تعلق برقبة العبد مقدم على حقوق الغرماء ، كما نُقدِّم حقَّ المجنى عليه على حقِّ المرتهن ، إذا جنى العبد المرهون . وهذا واضح . وليس كالجنائية على المفلس نفسه . ووضوح ذلك يغني عن بسطه .

### فِيهَا

قال : « وليس على المفلس أن يؤاجر نفسه ... إلى آخره »<sup>(١)</sup> .

٤٠١٤- ليس على المديون عندنا ، محجوراً كان ، أو مطلقاً ، أن يكتسب لأجل الدين ؛ وإن كان ممكناً منه . وقال أَحْمَد<sup>(٢)</sup> : عليه ذلك ، وزعم أن القاضي يؤاجر المفلس ، ويصرف أجرته إلى نفسه . ومعتمدنا أن الرَّبُّ تَعَالَى قال في كتابه **﴿فَنَظَرَ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾** [البقرة : ٢٨٠] أوجب الإنتظار ، ولم يلزم الاتساب . وفي إيجاب الاتساب لأجل النفقة كلامٌ ، سيأتي في كتاب النفقة ، إن شاء الله تعالى .

فإن قيل : أليس روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم باع سُرَقَةً<sup>(٣)</sup> في دينه ، وحمل ذلك على أنه آجره ؛ فإن الحر لا يباع ؟ قلنا : يتحمل أنه كان عبداً ، فباعه في أرضٍ كان تعلق برقبته .

٤٠١٥- ولو كان للمفلس أم ولد ، فهل يؤاجرها القاضي ليصرف أجرتها إلى الديون ؟ فعلى وجهين : أحدهما - يفعل ذلك ؛ فإن منافعها مالٌ ، فلئن تعذر بيعها ،

(١) ر . المختصر : ٢٢٢/٢ .

(٢) في المغني لابن قدامة روايتان لأحمد ، الثانية منها : « عليه أن يؤاجر نفسه » ، والأولى كمنهيب الشافعي ومالك (٤٩٨/٤) .

(٣) الحديث رواه الدارقطني : ٦١/٣ . وسُرَقَ : بضم أوله ، وتشديد الراء ، بعدها قاف . وضبطها العسكري بتخفيف الراء وزن عمر وغُدر . (ر . الإصابة : ٢٠/٢ ، ١٢٥/٤) .

فلا تذر في صرف منافعها إلى الدين . والثاني - لا يفعل ذلك ؛ فإن المنافع ليست أموالاً عتيدة موجودة ، ولو كانت بمثابة الأموال الموجودة ، لوجب إجارة المفلس من نفسه .

واختلف الأئمة فيه أيضاً إذا كان على المفلس وقف ، وأمكن إجارته<sup>(١)</sup> هل يجب ذلك ، وصرف الأجرة إلى الديون ؟ فيه الخلاف الذي ذكرناه في أم الولد . ثم إن لم نوجب الإجارة ، فلا كلام ، وإن أوجبناها ، فالوجه أن نوالي بين المدد في الإجارة إلى الوفاء بالديون ؛ فإن المنافع لا نهاية لها ، وليس كالأموال العتيدة التي تعنى بالصرف إلى الديون .

ش ٢٤١ فإذا كان كذلك ، فيلزم من قياس هذا أن / يدوم الحجر إلى أداء الديون من جهة الإجارة . وهذا فيه بعد لا يخفى مدركه على الفقيه .

### فِصْلٌ ثَالِثٌ

قال : « ويترك له من ماله ما لا غنى به عنه . . . إلى آخره »<sup>(٢)</sup> .

٤٠٦ - الحاكم قبل تفرقة مال المفلس ينفق عليه ، وعلى من تلزم منه نفقته من زوجاته وأقاربه الذين يستحقون إنفاقه عليهم . فإن قيل : النفقه على المفلس بيته ، مما سبب الإنفاق على غيره ، والمال موقوف بسبب الديون ؟ قلنا : النفقه في ترتيب المعاملة مقدمة على أداء الديون في كل يوم ، وأمواله بمنفعته أولى منه بديونه . والإشكال في نفقه الأقارب . وكان لا يمتنع أن يلحق<sup>(٣)</sup> في حقوقهم [بالفقير الذي لا مال له]<sup>(٤)</sup> . ولكن

(١) أي إجارة الوقف ، ومنشأ الخلاف أن المنفعة ليست مالاً عتيدة ، وإنما هو اكتساب ، كما هو مفهوم ، وصرح به الغزالى في الوجيز : ١٧٢/١ .

(٢) ر . المختصر : ٢٢٢/٢ .

(٣) أي يلحق المفلس بسبب حاله وإفلاسه بالفقير الذي لا مال له ؛ أي لا ينفق من ماله على أقربائه .

(٤) في الأصل : بالفقر على الذي لا مال لهم . والمثبت من ( ت ٢ ) .

أجمع الأصحاب على ما ذكرناه ، فليثق الطالب<sup>(١)</sup> بما نقلناه .

٤٠١٧- ولو كان عليه دين ، وقد رهن به مالاً لا يملك غيره ، لا ينفق عليه ، ولا على أهله وأولاده منه ؛ فإن المرهون خارج عن حكم تصرفه إلى الفكاك ، والأموال باقية على حق المحجور ، ولكن بالحجر محمول على أن يتذر إلى صرفها إلى [ديونه]<sup>(٢)</sup> ، ثم القاضي يجري فيها على ما كان يجري المديون لو لم يكن محجوراً عليه .

وفي القلب من نفقة الأقارب مخالجة ظاهرة ، ولكن المذهب نقل . ونحن لا نذكر وجهاً إلا عن نقل صريح ، أو أخذٍ من رمز وفحوٍ في كلام الأصحاب ، ولم أر فيما حكيمه شيئاً .

ثم لا شك أن نفقة نفقة المعسرين .

٤٠١٨- وإذا فضّ القاضي أمواله على ديونه ، فلا شك أنه يُبقي له نفقة اليوم الذي يتافق التفريق فيه ، قال الأصحاب : يُبقي أيضاً نفقة زوجاته وأقاربه في ذلك اليوم ، كما تقدم ، ولا مزيد على نفقة ذلك اليوم ؛ فإنه لا ضبط بعده يقف عنده .

٤٠١٩- ثم قال : « يُبقي له دستَ ثوبٍ من ماله ». والأمر على ما ذكره ؛ فإنه لا سبيل إلى تركه عارياً ، ولا خلاف أنا لا نكتفي بما يستر عورته ، بل نرعاى ستراً لا يحرم مروعته ، ويختلف ذلك باختلاف الدرجات . فإن كان الرجل من العلماء ، فقد قال كثير من الأئمة : يُبقي له دَسْتَ ثوب ، ومن جملته طيسان ، وخفّ . ولبي في الخف والطيسان نظرٌ ؛ فإنهما معدودان وراء الاقتصاد ، وليس في تركهما خرمٌ للمروءة ، والمتبوع أن لا تنخرم مروعته . ولا شك أنا لا نبقي له دستَ ثوب يليق بحاله في بسطته وثرورته ، ولكن ليكن ما نُبقيه لائقاً بحالته . وإن كان الرجل سوقياً نبقي له دستَ ثوب يليق بحاله . وإن كان أتونيا<sup>(٣)</sup> ، نبقي له أطمارةً لائقةً به . وإن كان في

(١) (ت ٢) : الناظر .

(٢) في الأصل ، كما في (ت ٢) : ديون . والمثبت تصرف من المحقق .

(٣) الأتون : الموقد الكبير كمقد الحمام والجصّاص ، وتشدد النساء (معجم ، ومصباح) والمراد =

انبساطه تزييد<sup>(١)</sup> في التجمل على ما يليق برتبته ، فنرده في إفلاسه إلى ما يليق بمنزلته<sup>(٢)</sup> ، ولا يعتبر مجاوزته حد الاعتدال اللائق بحاله<sup>(٣)</sup> . ولو كان في ثروته يلبس الخسيس من الثياب ، وكان يُعدّ مقترأ على نفسه ، فإن أفلس ، رضينا له بما كان يرضي به في ثروته ؛ فإننا لا نزيده في حالة الإفلاس على ما كان عليه قبله . نعم لا نقول بحظه عما كان يعتاده من الخسيس<sup>(٤)</sup> بسبب إفلاسه ، كما قد نفعل ذلك في حق المقصود .

فليفهم الناظر ذلك .

وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ثلاثة منجيات ، وثلاث مهلكات ، يٰ ٢٤٢ فالمنجيات القصد / في الغنى والفقير ، والعدل في الرضا والغضب ، وذكر الله تعالى على كل حال . والمهلكات شح مطاع ، وهو متبع ، وإعجاب المرء بنفسه »<sup>(٥)</sup> .

ويعطيه في الصيف ما يليق به ، وإن اتفق تفريق ماله في الشتاء ، أعطيناه ما يليق بالشتاء ، ولا يجمع له بين كسوتي فصلين .

٤٠٢٠ ولو مات المفلس ، بدأنا بكفنه ، ومؤنة دفنه ، وفي القدر الذي يكفن به خلاف ، ذكرناه في كتاب الجنائز . ونحن نرمي إليه لغرض لنا في فقه هذا الفصل .

قال أبو إسحاق المروزي : إذا مات المفلس ، اكتفينا بستر عورته بخرقة ، وهذا مأخوذ عليه ، واحتل了一 أصحابنا في تزييف هذا المذهب على وجهين : أحدهما - أنه يكفن في ثوب واحد يواريه ؛ فإن الغرض المواراة بالكفن ، وقضاء دينه أهم من تكفينه في ثلاثة أثواب .

=  
بالأتون : الذي يعمل في إيقاد الأتون ، ويقوم عليه .

(١) (ت ٢) : مزيد .

(٢) (ت ٢) : برتبته بمنزلته .

(٣) (ت ٢) : بأمثاله .

(٤) (ت ٢) : الحسن .

(٥) حديث حسن رواه الطبراني في الأوسط عن ابن عمر ، وهو في صحيح الجامع برقم : ٣٠٤٥ ، والصحيحة برقم : ١٨٠٢ .

والوجه الثاني - أنه يكفن في ثلاثة أثواب إقامةً لشعار الدين في إكرام جثة المسلم .

والغرض مما ذكرناه أن الأصحاب فرقوا بين الكفن وبين ما نبقيه للمفلس من دست ثوب ؛ إذ أجمعوا على أن الثوب الواحد لا يكفى به في حق الحي ، وفي الاكتفاء بالثوب الواحد<sup>(١)</sup> الساتر الخلاف الذي ذكرناه . والفرق أن الحي يراعى فيه ما يُبقي عليه رتبته ومرؤته ، والميت وإن شرع إكرامه ، فإلى البلى مصيره ، فليعرف الناظر قصد الأصحاب في الفرق بين الباب والباب .

ولو مات عبده أو قريبه الذي يمونه ، فال柩 من المال العتيد ، كالنفقات الدارّة .

والقول في تكفين هؤلاء كالقول في تكفين المفلس نفسه .

**٤٠٢١** - ولو ماتت زوجة المطلّق الموسر ، ففي وجوب تكفينها على الزوج وجهان مشهوران ذكرناهما . وإن كان الزوج مفلساً ، ففي وجوب التكفين الخلاف الذي ذكرناه ، ولا معنى لتخيل الترتيب ؛ فإن كل مؤنة لا يشترط فيها اليسار مُخرجة من مال المفلس بسبب الذين يموئهم المفلس .

**٤٠٢٢** - ومما يتعلّق بتمام البيان في الفصل أن المفلس لو كان مخدوماً ، وكان أَلْف غلاماً يخدمه ، فالمنصوص عليه أنه يباع في الدين ، ونص في الكفاره<sup>(٢)</sup> على أن ذلك العبد غير محسوب على من عليه الكفاره ، ولا يلزمه [صرفه]<sup>(٣)</sup> إليها ، واختلف أصحابنا ، فمنهم من جعل في المسألتين قولين ، نقاً وتخريجاً . والمذهب تقرير النصين . والفرق من وجهين : أحدهما - أن العتق في الكفاره حق الله تعالى ، وحقوق الله تعالى مبناه على المسامحة ، ومبني حقوق الأدميين على الضيق .

والثاني - أن العتق له بدل في الكفاره يتنتقل إليه ، ولا بدل للدين .

هذا قولنا في الخادم . ثم إن رأينا إبقاءه ، فليكن قريب القيمة ، لائقاً بأحوال

المعسرين .

(١) أي الثوب الواحد في الكفن ، كما هو مفهوم من السياق .

(٢) (ت ٢) : الكفارات .

(٣) في الأصل : صرفها .

ولو لم يكن له خادم وكان ممن يُخدم ، فهل نشتري له خادماً ، كما نشتري له دستَ ثوب إن لم نصادفه ؟ فعلى وجهين : والأصح أنا نشتريه إن فرّعنا على هذا الوجه الضعيف ، فظاهر المذهب أنا لا نبقي له خادماً ، بل نصرفه إلى الديون .

٤٠٢٣- فأما المسكن ، فهو أحق من الخادم إذا كان لائقاً بالحال ، ولم يكن رفيع القيمة ، وإبقاء المسكن أولى من إبقاء الخادم ، على كل حال ، سيما إذا كان الرجل ضعيفاً ذا عيله . وذكرُ الخلاف في إبقاء المسكن للمفلس أقربُ من ذكره في إبقاء الخادم ، لما أشرنا إليه من الفرق بينهما في حكم الحاجة . وذكر الخلاف على طريق النقل في احتساب المسكن على من لزمه الكفاراة المرتبة أبعدُ من تقدير النقل في الخادم .

٤٠٢٤- وإذا أردنا جمع مقتضى ما أشرنا إليه من الفرق بين الخادم والمسكن في حق المفلس ، فالصيغة المشيرة بالمقصود أن نقول : في الخادم والمسكن في حق المفلس ثلاثة أوجه : أحدها - أنهما لا يقيمان له . والثاني / - أنهما يقيمان . والثالث - أنه يبقى المسكن دون الخادم . ومهما أبقينا له شيئاً مما ذكرناه ، اشترينا له إن لم نجده ، كدأبنا في الثياب .

### فصلٌ ثالثٌ

قال : « وإن أقام شاهداً واحداً على رجل بحق ولم يحلف مع شاهده . . . إلى آخره »<sup>(١)</sup> .

٤٠٢٥- قد سبق منا تمهيد لهذا الأصل ، ولكننا نعيد تنبيئها عليه للجريان على الترتيب ، فالذي نص عليه الشافعي أن المفلس لو أدعى ديناً على إنسان ، وأقام شاهداً واحداً ، وامتنع عن الحلف معه ؛ فأراد الغرماء أن يحلفوا مع شاهده ، لم يكن لهم ذلك .

وقال الشافعي : « لو أقام الوارث شاهداً واحداً على رجل بدين للميت ، ولم

(١) ر . المختصر : ٢٢٢/٢

يحلف معه ، فأراد غرماء التركة أن يحلفوا ، لم يكن لهم ، كما ذكرناه في المفلس « . هذا نصه في الجديد . ونص في القديم على قولين في مسألة الوارث : أحدهما - أن الغرماء يحلفون . والثاني - أنهم لا يحلفون .

فمن أصحابنا من ذكر في غرماء المفلس قوله بنقل الجواب عن غرماء التركة<sup>(١)</sup> أنهم<sup>(٢)</sup> يحلفون إذا لم يحلف المفلس . وال الصحيح الفرق بين الم ответين ، وقطع القول بأن غرماء المفلس لا يحلفون ؛ فإن المفلس صاحب الواقعة ، وقد أدعى الدين نفسه ، فإذا امتنع عن اليمين من أدعى الحق لنفسه ، بعد تحريف غيره ، والدين في مسألة الوارث يدعى للميت ، فكان حلف الغريم أقرب إذا فرض نكول الوارث .

٤٠٢٦ - وما يخرج على ما ذكرناه أنه لو لم يقم المفلس والوارث شاهداً ، ولكنهما أدعيا ، فحلفنا المدعى عليه ، فنكل عن اليمين ، واقتضى الحال رد اليمين على المدعى ، فنكل المدعى ، فهل يحلف الغريم<sup>(٣)</sup> يمين الرد ؟ ترتيب المذهب فيه كترتيب المذهب في اليمين مع الشاهد .

ولو أدعى الراهن أنه استولد الجارية المرهونة بإذن المرتهن ، والتفریع على أن الاستيلاد لا يثبت دون إذنه ، فإذا أنكر المرتهن الإذن وحلفناه ، فنكل ، فإن حلف الراهن ، ثبت ما يبغى ، وإن نكل ، فأرادت الجارية أن تحلف ، كان لها ذلك ، نصّ عليه في الجديد والقديم قاطعاً جوابه . والفرق بينها وبين الغريم في المفلس والوارث ظاهر ، وذلك أنها صاحبة حق في تأكيد حق الحرية لها ،<sup>(٤)</sup> وهذا في حكم حق ثبت ناجزاً من غير تقدير توصل إليه<sup>(٤)</sup> ، بخلاف الغريم ؛ فإن الدين لو ثبت لم يكن حقاً له ، ولكنه قد يصير إليه بطريق الصرف .

٤٠٢٧ - ومما يجب أن يعنـى به أن الأصحاب وإن ذكرـوا خلافاً في حـلف الغـريم ، قالـوا : لو لم يـدعـ المـفلـسـ والـوارـثـ ، لمـ يـ肯ـ للـغـرمـيـمـ أنـ يـدعـيـ فيـ المسـائـلـيـنـ اـبـتـاءـ ،

(١) أي نقل ما قيل في غرماء التركة ، من أن لهم أن يحلفوا إلى غرماء المفلس .

(٢) أنهم أي غرماء المفلس .

(٣) (ت ٢) : المدعى .

(٤) ما بين القوسين ساقط من (ت ٢) .

وإنما التردد فيه إذا سبقت الدعوى من الوارث والمفلس ، وأفضى الأمر إلى الحلف ، كما ذكرناه .

وكان شيخي [يصرح<sup>(١)</sup>] بنقل الخلاف في أن الغريم هل يبتدئ الدعوى ؟ ويقول : الحلف تلو<sup>(٢)</sup> الدعوى ، فمن ملكه ، لم يمتنع أن يملك الدعوى . وهذا وإن كان قريباً في المعنى ، فلم أره إلا له .

وقطع الأصحاب القول بأن الدعوى ممتنعة ، وإنما ذكروا الخلاف في الحلف إذا سبقت الدعوى من المفلس والوارث .

والمسئولة إذا ادعت علقة الاستيلاد ، والرّقُ بعدُ مستمر عليها نظر ، فإن ادعته والمولى يبغي بيعها ، فحاولت دفع ذلك ، فالوجه قبول دعواها . وإن كان المولى لا يتعرض لبيعها ، ففي قبول دعواها على الابتداء ، والمولى صامت غير متعرض تردد<sup>٤٣</sup> ي ظاهر ، واحتمال بين ، مأخذ من فحوى كلام الأئمة / .

٤٠٢٨ - وما يتعلق بتتمة الكلام في الفصل أن رجلاً لو ادعى على المفلس ديناً ، فإن أقر به ، ففي قبول إقراره ورده الخلاف الذي تقدم ذكره في تصرفات المفلس . وإن أنكر ، كان إنكاره مقبولاً على معنى أنه يبتدئ عليه تحليفه . فإن حلف ، انقطعت الخصومة إذا لم تكن بيّنة ، وإن نكل ، فهل ترد اليمين على المدعى ؟ قال الأئمة : هذا يخرج على أن يمين الرد بمنزلة البيينة في الخصومة ، أو بمنزلة إقرار المدعى عليه . فإن قلنا : إنها كالبيينة ، حلفنا المدعى يمين الرد ، وقضينا بثبوت [الدعوى]<sup>(٣)</sup> . وإن قلنا : إنها كالإقرار ، ورأينا التفریع على رد إقرار المفلس ، فلا تثبت يمين الرد حق المدعى حتى يثبت له مضاربة الغرماء .

وصورة يمين الرد تجري بلا خلاف . وإنما الكلام في تعلق حق المضاربة ناجزاً ، فإننا وإن ردتنا إقراره في حق الغرماء في الحالة الراهنة ، لم نختلف في ثبوت موجب

(١) في الأصل : يصرف .

(٢) تلو الدعوى : أي تابع لها .

(٣) في الأصل : الإقرار .

إقراره في حق المفلس نفسه ، حتى يطالبه به إذا انطلق الحجر عنه . وإذا كان كذلك ، فإن إجراء صورة يمين الرد تخرج على ما مهدناه من ثبوت حكم إقراره <sup>(١)</sup> على الجملة <sup>(٢)</sup> .

**فَرَيْجُ :** ٤٠٢٩ - نص الشافعي على أن الرجل لو كان وَهَبَ شيئاً في حالة الإطلاق ، ثم أفلس وحجر عليه ، فأثابه المتهم ما هو أكبر قيمةً من المohoب ، لم يلزم القبول في حالة الحجر ، وإن أثابه ما <sup>(٢)</sup> هو أقل قيمة من المohoب ، فله الرضا . وهذا يبني على أصل سن Shrha في الهبات ، إن شاء الله تعالى .

والوجه في النص في الهبة المطلقة ، والتفريع على أنها تقتضي الثواب . ثم إذا جرينا على هذا ، ففي مقدار الثواب خلاف ، وتفصيل طويل ، فإن قلنا : الهبة المطلقة تقتضي المثل في الثواب من جهة المالية والقيمة ، فلا يجوز أن يرضى المفلس بما هو أقل من ذلك ؛ فإن المثل عوض مستحق . نعم ، لا يلزم قبول الزائد على مقدار المثل .

وإن قلنا : للمتهم أن يثبت بما شاء ، وإن قل وانتقص عن المثل ، فعلى هذا يخرج نص الشافعي « فإن زاد الثواب على المثل ، لم يلزم القبول » ؛ فإن الزيادة غير مستحقة ، وليس على المفلس قبول الهبات والتبرعات . وإن كان الذي بذلك أقل من المثل ؛ فإنه يقبله ؛ إذ لا يجب على المتهم غيره ، والرجوع فيما ثبته ونفيه إلى أصلين أحدهما أنه لا يجب على المفلس قبول التبرع ، وليس له أن يُسقط مستحقاً .

\* \* \*

(١) ما بين القوسين ساقط من (ت ٢) .

(٢) (ت ٢) : بما .

## باب العهدة في مال المفلس

٤٠٣٠ - ذكر الشافعي رضي الله عنه في صدر الباب فصلاً ، قدمنا ذكره في تعلق الضمان بالعدل في الرهن ، والوصي ، والحاكم . ولا شك أن هؤلاء أمناء إذا تلفت أعيان الأموال في أيديهم من غير تقصير منهم . وغرض الشافعي التعرض لبيان المرجع في [عهدة]<sup>(١)</sup> العقود .

إذا باع العدل<sup>(٢)</sup> في الرهن بالإذن ، وقبض الثمن ، وضاع في يده الثمن الذي قبضه ، ولم يكن وكيلًا من جهة المرتهن بالقبض ، فالثمن من ضمان المبيع عليه<sup>(٣)</sup> ، وهو الراهن . وكذلك القول في الوصي<sup>(٤)</sup> ، إذا باع مالاً ، فضاع الثمن من<sup>(٥)</sup> يده ، فهو من ضمان المبيع عليه . ولو فرض استحقاق في المبيع ، ففي تعلق الضمان بالعدل ، والوصي ، والقيم ، والحاكم ، التفصيل المقدم في كتاب الرهن ؟ فلا حاجة إلى إعادته .

٤٠٣١ - والذي يختص بفرض الباب أنا إذا بعنا عيناً من أعيان مال المفلس ، وقبضنا الثمن ، وخرج المبيع مستحقة ، فإن كان عين الثمن باقية<sup>(٦)</sup> قائمة ، فلا شك أن المشتري يرجع فيها ، وإن كنا سلمناه إلى الغريم ، اتبعها المشتري ، ولو تلفت في ش ٢٤٣ يده ؟ فإنه يضمّن الغريم لا محالة ، فإن عين ماله / تلفت في عقد ضمان في يد إنسان ، فله اتباعه بالتغريم .

(١) في الأصل : عهد .

(٢) (ت ٢) : العبد .

(٣) «عليه» الضمير يعود على الراهن ، كما فسره بقوله : «وهو الراهن» ، فالعدل يبيع (الرهن) عليه ، أي من أجله ، أو عنه . فلا ضمان على العدل ؛ فإنه أمين ، وإنما الضمان على الراهن .

(٤) (ت ٢) : لروأوصى .

(٥) (ت ٢) : في .

(٦) ساقطة من (ت ٢) .

٤٠٣٢- ولو تلف الثمن في يد الحاكم ، وقد تمهد أن الضمان لا يتعلق بالحاكم ، فللمشتري الرجوع ، وظاهر النص أنه يقدم بمبلغ الثمن ، ولا يحمل على المضاربة . ونقل الربع وحرملة أنه أسوة الغراماء ، فيضاربهم . فمن أصحابنا من قال : في المسألة قولان : أحدهما - أنه لا يتقدم في رجوعه ؛ لأنه دين في ذمة المفلس كسائر الديون . ومن أصحابنا من قطع القول بأنه يقدم ؛ لأننا لو لم نقدمه ، لامتنع الناس عن معاملة المتصرفين في أموال المفلايس ، وسيبل كل دين يتعلق بمصلحة المفلس حالة الحجر أن يقدم ، ولذلك تقدم أجرة الدلالين ، والمتصرفين ، على حسب الحاجة في الأموال العتيدة التي اطرد الحجر عليها . وكذلك القول في أعراض المؤن الثابتة في حالة الحجر ، فلتكن عهدة البيع المنشأ لمصلحة التصرف في مال المفلس مقدمةً أيضاً .

والدليل عليه أنا لو راعينا قياس الديون في المضاربة ، للزم أن نقول : لا يضارب الغراماء أيضاً ؛ فإن حقه متجدد بعد جريان الحجر ، والذي يقتضيه قياس الباب أن الدين الحادث بعد الحجر لا يُقدم [ولا]<sup>(١)</sup> يضارب به أصلاً .  
فهذا متنهى القول في ذلك .

\* \* \*

---

(١) في الأصل : لا يقدم أو لا يضارب . وفي (ت٢) : يقدم ولا يضارب . والمثبت تقدير منا رعاية لسياق الباب .

باب حبس المفلس

٤٠٣٣- مضمون هذا الباب ثلاثة فصول : أولها - في قاعدة الحبس .

والثاني - في إثبات الإعسار .

والثالث - في مسافرة من عليه الدين .

**فاما : الفصل الأول ، فنقول :**

٤٠٣٣- إذا ثبت الحق ، وتعذر استيفاؤه ، لم يخل إما أن يكون التعذر بسبب الإعسار والفلس ، وإما أن يكون بسبب امتناع من عليه الحق من تأديته . فإن كان بسبب الفلس ، فحكم الله تعالى إنظار المفلس ، وإزالة التعرض عنه إلى ميسرة ، قال الله تعالى ﴿وَلَنْ كَانَ ذُؤْسَرَةً فَنَظِرَةً إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾ [آل بقرة : ٢٨٠] الآية .

وإن امتنع من عليه الحق من أداء ما عليه مع القدرة ، فهو ظالم ، مندرج تحت قوله صلى الله عليه وسلم : « مطل الغني ظلم » « لي الواجد ظلم »<sup>(١)</sup> ثم القاضي إن وجد له مالاً ، وقد تحقق امتناعه ؛ فإنه يملك بيته وصرفه إلى دينه ، ولا حاجة إلى ضرب الحجر عليه ، بل يتدرّب البيع ؛ فإن منصب الولاية يقتضي استيداء<sup>(٢)</sup> الحقوق ، وإيفاءها على مستحقها ، على ما يساعد الإمكان فيه .

(١) الحديث بلفظ «لي الواجب» أخرجه من حديث عمرو بن الشريد عن أبيه أبو داود في الأقضية ح ٣٦٢٨، والسائلي : بيوع ، باب مطل الغني ، ح ٤٦٨٩ ، وابن ماجة : صدقات ، باب الحبس في الدين : ٨١١ / ٢ ح ٢٤٢٧ ، وابن حبان : ٢٧٣ / ٧ ح ٥٠٦٦ ، والحاكم : ١٠٢ / ٤ ، وصححه ، ووافقه الذهبي ، وانظر التلخيص : ٨٩ / ٣ ح ١٢٤٨ ، شرح السنة : ١٩٥ / ٨ . وبلفظ «مطل الغني» : أخرجه من حديث أبي هريرة البخاري : في أول الحوالة ، ح ٢٢٨٧ ، ومسلم : المساقاة ، باب تحريم مطل الغني ، ح ١٥٦٤ .

(٢) (ت٢) : استيفاء . والاستيفاء: طلب الأداء، والمعنى: أن منصب الولاية يقتضي تحصيل الحقوق، وإعطاءها لمستحقها.

٤٠٣٤- ومنع أبو حنيفة بيع العروض والسلع في الديون ، ونافق ، فجُواز بيعها في بعض النفقات ، وسُوغ على العموم صرف الدرهم إلى الدنانير ، وصرف الدنانير إلى الدرهم<sup>(١)</sup> . ولا فصل عندنا .

٤٠٣٥- ولو لم يظهر للممتنع مالٌ ، وأشكال الأمر ، فحكم الحال الحبس .  
هذا ما درج عليه الأولون ، ومضى عليه الحكم ، والحبس في نفسه عقوبة .  
ولكن قد يقع حيث لا يستيقن استحقاق الممتنع العقوبة ؛ من جهة أن الممتنع إذا لم يثبت يساره ، وادعى الإعسار ؟ فإننا نجواز صدقه ، ومع تجويز ذلك نحبسه ، والسبب فيه أن إطلاقه تضييع لحق المدعي من غير ثبت ، فلا وجه إلا حبسه إلى البيان . وليس الحبس إيلاماً في الحال ، فالمسلك القصد يقتضيه لا محالة .

٤٠٣٦- ولو تحقق القاضي ظلمَ من عليه الحق في امتناعه ، وعلم أنه متمكن من تأدبة ما عليه - وقد يظهر ذلك بإقراره أو بجهة أخرى ، على ما سيأتي الشرح عليه ، إن شاء الله تعالى - فالأمر وقد ظهر العناد مفوضٌ إلى رأي القاضي ، فإن أراد أن يعزّره حتى يُظهر المال ، فله ذلك ، ولا مزيد على الحبس مع اليسر ، وإن ظهر العناد ، فللقاضي أن يزيد على الحبس ويعزّر .

وقد نص الشافعي في نكاح المشرفات على [أن]<sup>(٢)</sup> من / أسلم على أكثر من أربع ، ٢٢٤ ي وأوجبنا عليه أن يختار أربعاً ، وحبستاه لذلك ، فإن تمادي على امتناعه ، فللقاضي أن يعزّره . وسبب التعزير امتناعه عن حقٍ محتوم عليه مع الاقتدار عليه .

وإنما خصص الشافعي بهذه الصورة بذكر التعزير ، لظهور العناد فيه ، وتبيّن الاقتدار على الاختيار ، فمهما ظهر العناد في الحقوق المستحقة ، كان الأمر على ما ذكره الشافعي في نكاح المشرفات .

(١) الذي ذكره إمامنا هو قول أبي حنيفة ، حيث يرى أن استيفاء الديون تكون من جنسها ، واستثنى من ذلك ما إذا كان للدائنين دنانير والمديون يملك دراهم ، أو العكس ، فأجاز بيع هذه بتلك ؛ لاتحادهما في الثمنية ، وخالقه صاحباه ، والفتوى بقولهما . (ر. مختصر الطحاوي : ٩٥ ، ٩٦ ، وحاشية ابن عابدين : ٩٥/٥ ، ورؤوس المسائل : ٣١١ مسألة ١٩٨) .

(٢) ساقطة من الأصل .

ثم التعزير المتعلق بالنظر العام والاستصلاح ، موكول إلى رأي الإمام ، ولستنا نعني بذلك أنه يتخير فيه ، بل يجتهد ، ويرى رأيه ، ويسلك المسلك الأقصد . وقد يختلف ذلك باختلاف مراتب الخلق : فذو اللّدِد ، والعناد ، قد لا يكرث بتطويل<sup>(١)</sup> الحبس ، وقد يعلم القاضي ، أو يظن أن الغرض يحصل بالحبس المحض ؟ فليجر على ما يقتضيه الحال .

٤٠٣٧ - ثم التعزير لا يبلغ مبلغ الحد ، على ما سنصف المذهب فيه في كتاب الحدود .

وقد يقتضي الحال تعزيزاتٍ في أوقاتٍ يبلغ مجموعها حدًا ، أو يزيد ، فليفعل ما يراه . والاستمرارُ على الامتناع على ممر الأوقات في حكم أسبابٍ متتجدة ، يقتضي تجددَ التعزيزات . ولا يغفل فيما يأتيه من ذلك عن<sup>(٢)</sup> ترك الموالة وما في معناها . فإذا بلغ التعزير ملغاً ، وكان أثره ظاهر البقاء ، فليصبر إلى الاستقلال وظهور البرء . ونحن قد نرَى ذلك في إقامة حدود الله تعالى على شخصٍ واحد ، فما الظن بتعزيزات موكولة إلى الاجتهاد لا يقضى بتعيينها<sup>(٣)</sup> ؟

## الفصل الثاني من الباب

٤٠٣٨ - إذا أدعى من عليه الحق الفلس والإعسار ، لم يخل : إما أن يكون له بينة ، وإما ألا تكون . فإن وجد بينة ، أقامها ، كما سذكر الوجه فيها . وإذا قامت ، وجرى البحث عن التعديل ، فلا يسوغ عندنا إدامة الحبس بعد ذلك ؛ فإنه على الجملة من قبيل العقوبات . وقد يرى الوالي التعزير به وحده .

وقال أبو حنيفة : لا يُصغي القاضي إلى البينة على الإعسار ، حتى يمضي أمد<sup>(٤)</sup> ،

(١) (ت ٢) : بطول .

(٢) (ت ٢) : على .

(٣) (ت ٢) : يفضي تبقيتها إلى الهلاك .

(٤) عبارة الأصل : يمضي أمد (فيه) . وفي (ت ٢) : يمضي مدة .

ثم اختلف قوله فيه ، فقال مرة : لا بُدَّ من مضي شهرين ، وقال مرة : أربعين يوماً ، أو خمسين ، وقال مرة : أربعة أشهر<sup>(١)</sup> . ونحن لا نزعم شيئاً من ذلك ، ونُصغي إلى البينة ، ونقضي بها من غير تأخير .

٤٠٣٩- ثم نتكلّم وراء ذلك فيما يتعلّق بحق الشاهد وتحمّله ، ونذكر بعده نظر القاضي في أحوال الشهود على الإعسار .

فاما الشاهد ، فلا يحل له أن يشهد على الإعسار بظاهر الحال ؛ فإن الأموال في وضع الجبالات تخفي ولا تظهر ، لهذا حكم العادة الغالبة ، فليبحث من يتحمل هذه الشهادة عن الباطن وليس بحال المشهود له ، ولا يخفى طريق البحث في كل باب على الخبر .

هذا قولنا في الشاهد .

٤٠٤٠- فأما الكلام في نظر القاضي ، فقد قال الشافعي : لا ينبغي له أن يقبل هذه الشهادة إلا من أهل الخبرة الباطنة ؛ والسبب فيما افتتحناه من ذلك أن مستند الشهادة على الإعسار النفي ، ولو جربنا على قياس الشهادات ، لم نقبلها ، فإن النافي لا يكون مثبتاً ، ولا يستتمكن من ادعاء العلم بالنفي . ولهذه الشهادة نظائر : منها الشهادة على أن لا وارث للمتوفى سوى من حضر ، وهذه الشهادة متعلقة بالنفي ، مقبولة من أهل الخبرة الباطنة ، ومنها الشهادة على تعديل الشهود ؛ فإن متضمنها نفي الأسباب المخرجة عن العدالة ، ويلزم قبول هذه الشهادات ، ولا مستند لها إلى اليقين قطعاً ، للضرورة ، ومسيس الحاجة ؛ فإن تخليد الحبس ، وتأييد وقف الميراث محال ، والتعديل عmad القضاء ، ولا يتصور فيه إلا المسلك الذي ذكرنا ، فيتحقق عندنا بما ذكرناه الشهادة على الأموال ؛ فإنها لا تنتهي إلى يقين قطّ ، وإنما غايتها بناء الأمر على ظواهر يصفها العلماء ، من اليد ، والتصرف ، وغيرهما . ولكن لابد من الاكتفاء بما ذكرناه ؛ إذ الحاجة ماسة ، ومتنه الإمكان ما أشرنا إليه ، فكأننا نشترط استناد الشهادة إلى اليقين فيما يمكن اليقين فيه ، كالآقوال ، والأفعال التي يتعلّق بها الحواس .

(١) ر . مختصر الطحاوي : ٩٦ ، والاختيار : ٩٠/٢ .

ولا مزيد على ما ذكرناه ؛ فإن أسرار الشهادات مذكورة في كتابها .

٤١٤٠ - ومن لطيف الكلام في ذلك أن كل ما تستند الشهادة فيه إلى اليقين ، فلو علم القاضي بنفسه ، اختلف القول في جواز قضائه بعلمه . ولو انتهى القاضي فيما لا علم فيه ، إلى منتهى يشهد فيه ، كالأصول التي ذكرناها ، فلا يحل له القضاء . وإن كان يحل له أن يشهد بما أحاط به ، وظهر عنده ، فليتأمل الناظر هذا ؛ فإنه من أسرار القضاء .

٤٢٤٠ - وتمام البيان في الفصل يتعلق بتردد الأصحاب في أمر ذكره : وهو أن القاضي إن علم أن الشاهد من أهل الخبرة الباطنة في الإعسار ونظائره ، [قبل][<sup>(١)</sup>] شهادته ، وإن لم يتحقق ذلك عند القاضي ، [ولكن][<sup>(٢)</sup>] ذكر الشاهد أنه خبير باطنـه ، وهو عدل رضا ، كفى ذلك ، فإنه قد يعتمد في شهادته ، كما يعتمد في ذكره أنه من أهل الخبرة الباطنة . وإن أطلق الشهادة على الإعسار ، ولم يتبيـن للقاضي من جهة بحثـه ، ولا من جهة ذكر الشاهد[<sup>(٣)</sup>] أنه من أهل الخبرة ، فيتوقف لا محالة . هكذا ذكره الأئمة .

والشهادة على الملك وإن كانت لا تستند إلى يقين مقبولـه على الإطلاق من العدل الموثـق به ، وليس على القاضي بحثـ عن أسباب تحـمـل الشهادة ، والسبـب فيـه أن تلك الأسبـاب ثابتـة ، من الـيد ، والتـصرف ، ولا يـُـظـن بالـشـاهـد إلا التـثـبـت . والإعـسـار وانتفاءـ الـوارـث وـعدـمـ الأـسـبـابـ المـخـرـجـةـ عنـ العـدـالـةـ نـفـيـ مـحـقـقـ ، وـعـلـىـ النـاظـرـ فـيـ هـذـاـ مـزـيدـ بـحـثـ ، سـيـأـتـيـ الشـرـحـ عـلـيـهـ فـيـ الشـهـادـاتـ ، إـنـ شـاءـ اللـهـ تـعـالـىـ .

٤٣٤٠ - ومما يليـقـ بهـذـاـ أنـ الإـعـسـارـ يـثـبـتـ بـشـهـادـةـ شـاهـدـيـنـ معـ الـاحـتـيـاطـ الـذـيـ ذـكـرـناـهـ . وـذـكـرـ بـعـضـ الـمـصـنـفـيـنـ لـفـظـاـ مـضـمـونـهـ أـنـ لـاـ بـدـ مـنـ ثـلـاثـةـ شـهـودـ ، وـهـذـاـ خـرـقـ[<sup>(٤)</sup>]ـ عـظـيمـ ، وـخـرـوجـ عـنـ الضـبـطـ ، وـلـعـلـهـ أـرـادـ أـنـ القـاضـيـ إـنـ بـدـاـ لـهـ أـنـ يـسـتـظـهـ بـالـعـدـدـ ، فـعـلـ ، لـمـ حـقـقـنـاـهـ مـنـ إـشـكـالـ الإـعـسـارـ .

(١) في الأصل : قبلـ .

(٢) ساقـطـةـ منـ الأـصـلـ .

(٣) ما بينـ المعـقـفـيـنـ ساقـطـ منـ الأـصـلـ .

(٤) خـرـقـ : حـقـ (ـمـعـجمـ)ـ .

وفي [استظهار القاضي]<sup>(١)</sup> بعد الشهود كلام طويل لا نخوض فيه .

ثم قال الشافعي : إذا قامت البينة على الإعسار ، حلّفنا الشهود بإعساره مع البينة ، وخالف أبو حنيفة<sup>(٢)</sup> فيه .

واختلف أصحابنا في أن هذا التحليف هل يقف على استدعاء الخصم ومسئلته ؟ منهم من قال : إنه موقوف على الاستدعاء والمسئلة ، وهو من حق الخصم . ومنهم من قال : إنه من أدب القضاء ، فتحتم على القاضي التحليف ، وإن لم يسأله الخصم ، إلا أن يقنع الخصم ، وبيدي الرضا بإطلاقه ، فلا إشكال إذا .  
هذا كله إذا أقام بينة على الإعسار .

٤٠٤٤- فأمّا إذا قال : أنا معسر ، وليس يشهد على إعساري أحد ، فكيف خلاصي من هذا الحبس ؟ قال الأصحاب : إن عُرف له يسار سابق ، فلا سبيل إلى إطلاقه ، والحالة هذه ، ما لم تقم بينة على زوال اليسار ؛ فإنَّ الظاهر بقاوته ، والغالب استمكانه من إثبات زوال أسباب اليسار . فإذا لم يُقْمِ بِيَنَّةً ، ظهر كذبه .

وإن لم يعرف له يسار سابق ، فادعى الإعسار ، ففي قبول قوله مع يمينه أوجه : أحدها - أنه يُقبل ؛ إذ الأصل الفقر . والثاني - لا يُقبل ؛ لأنَّ الظاهر من حال الحُرْ أن يملك شيئاً ، وإن قلَّ ، ويندرُ حُرًّا لا ملك له . والثالث / - أنه إن التزم الدين باختياره ٤٥٢ مثل مال الضَّمَان ، والصَّدَاق ، فلا يُقبل قوله ؛ لأنَّ الظاهر أنه لا يلتزم باختياره مالاً إلا مع التعويل على ملك وافِ به . وإن لزمه ضمانٌ من غير اختيار ، قبل قوله في دعوى الإعسار .

هذه الأوجه [الثلاثة]<sup>(٣)</sup> هي التي عليها التعويل .

٤٠٤٥- وذكر أصحابنا وجهاً رابعاً ، نسوقه على وجهه ونبيئ اختلاله ، قالوا : من أصحابنا من قال : كل دين لزمه عوضاً عن مالٍ ، فلا يُقبل فيه دعوى الإعسار ، وما لم

(١) في الأصل : الاستظهار للقاضي .

(٢) ر . الاختيار : ٩٠/٢ .

(٣) مزيدة من (ت ٢) .

يكن عوضاً عن مالٍ ، يقبل فيه دعوى الإعسار ، وهذا ليس وجهاً رابعاً ؛ فإننا حكينا وفاق الأصحابِ في أنه لو ثبت له ملك ، لم تقبل دعوى الإعسار منه بتقدير زوال اليسار ، وإذا كان هذا متفقاً عليه ، فكأن هذا القائل في تفصيله جمع بين صورة الإجماع وبين قبول قوله مطلقاً في غير محل الإجماع .

وقد يخطر للفقيه حملُ هذا الوجه الرابع على دين ثبت [عوضاً]<sup>(١)</sup> ، وكان ملتممه يدعى أنه لم يقبض<sup>(٢)</sup> المعوض ، فإن كان ذاك<sup>(٣)</sup> لهذا الوجه منزلاً على هذا التقدير ، لا على الاعتراف بقبض المعوض ، وادعاء تلفه ، فهوذا على حالٍ وجةٍ ضعيف ؛ فإنه إذا ثبت الملك في المعوض ، فالظاهر قبضه ، ونحن إنما لا نقبل قول من سبق له يسارٌ ، بتأويل ادعاء [زواله]<sup>(٤)</sup> ؛ من جهة أن قوله يظهر الحلف فيه ، وزوال اليسار ممكناً ، فعدم قبض المبيع بهذه المثابة . والعلم عند الله تعالى .

٤٤٦- ووراء هذه الأوجه نوعان من الكلام ، يحصل بهما تمام الغرض .

أحدهما - أنا إذا قلنا : يُقبل قول المعاشر مع يمينه ، فلست أرى قبول قوله مع اليمين بداراً ، فيظهر عندي مسلك أبي حنيفة<sup>(٥)</sup> في التأني مع البحث الممكن عن أحواله ، غير أن ما ذكره أبو حنيفة مع البينة<sup>(٥)</sup> باطل عندنا ؛ من جهة أنها نحمل كلام الشهود على صدوره عن بحث منهم ، فإذا شهدوا ، وجب الاكتفاء بشهادتهم . أما إذا لم تكن بيضة ، وكان الرجوع إلى قول المدعي ويمينه ، فيظهر أن يبحث القاضي عن بواسطن أمره ، وليس ذلك بعيداً عن الإمكاني . وهذا يقرب عندي من قول الشافعي في الفاسق : إذا تاب ، استبرأتهأشهراً ،<sup>(٧)</sup> فإن التوبة مأخوذة من قوله ، فرأى الشافعي معه الاستبراء<sup>(٦)</sup> نعم ، لست أذكر فرقاً بين الأصلين ؛ فإن يمين المعاشر بمثابة الجحد .

(١) ساقطة من الأصل .

(٢) (ت ٢) : يقبل .

(٣) (ت ٢) : ذكر هذا الوجه ، فنزله .

(٤) في الأصل : يساره .

(٥) ما بين القوسين ساقط من (ت ٢) .

(٦) سقط من (ت ٢) ما بين القوسين .

والذى ذكرته لست أعزيه إلى نقلٍ . وفي كلام الأصحاب ما يدل عليه ، وظاهر النقل يُشعر بالبدار إلى قبول قوله مع يمينه ، حيث يقبل قوله . فهذا أحد النوعين .

٤٠٤٧ - والثاني - أنا إن قلنا : لا يقبل قوله ، والمحبوس غريبٌ لا يتوصل إلى إثبات<sup>(١)</sup> إعساره ببيته ، فتخليد [حبسه]<sup>(٢)</sup> شديدٌ عندي . والذى أراه فيه أن السلطان يوكّل به من يبحث عن منشئه ، ومولده ، ومتقلبه ، ويتناهى في البحث جهده ، ثم يُسوغ المفتون للباحثين أن يشهدوا ، هذا لا أرى منه بدأً ، والعلم عند الله تعالى .

٤٠٤٨ - وممّا يتعلّق بهذا الفصل أنه لو أقام البينة على الإعسار ، فأقام مستحق الدين بيته على أنه كان في يده مالٌ ، فاعترف بكونه في يده ، وقال : كان لفلان في يدي وديعة ، فإن نسبه إلى حاضرٍ ، قبل قوله بلا يمين ، وإن كان غائباً ، حلف . وهذا من معاصاتِ كتاب الدعاوى .

فإذا أدعى رجل على رجل مالاً في يده ، فقال المدعي عليه : المال لفلان ، وليس لي ولا لك ، فالقول في تقاسيم هذا الفصل وجوابه غمرة كتاب الدعاوى وسنذكره إن شاء الله تعالى .

والقول الذي يليق بما نحن فيه ما أشرنا إليه ، فإن تفرق<sup>(٣)</sup> فكرُ الناظر في جوانب / ٢٤٥ ش الفصل ، فلينظر شرحها ، وليطلبها من موضعه .

٤٠٤٩ - وإذا<sup>(٤)</sup> ثبت الإفلاس وجب الإطلاق ، فلا حبس على معسر ، ثم لا يجوز التعرض له إلى<sup>(٥)</sup> أن يُفيد مالاً ، فإن صرفه إلى دينه ، فذاك ، وإن أبي ، رفع إلى مجلس القضاء ، وحُمل على تأدية الدين من المال الذي أفاده ، بالحبس وغيره ، على ما تفصل .

(١) (ت ٢) : ثبوت .

(٢) في الأصل : إعساره .

(٣) (ت ٢) : تفرق .

(٤) (ت ٢) : فإذا .

(٥) (ت ٢) : إلا .

٤٠٥٠ - والمحجور عليه المفلس إذا صرف القاضي أمواله الموجودة إلى غرمائه ، فهل يرتفع الحجر عنه أو لا بد من أن يفكه الحاكم ؟

في المسألة وجهاً : أحدهما - لا بد من رفع الحاكم ; فإن ذلك يتعلق بالنظر والبحث والاجتهاد ، فكما لا يثبت الحجر إلا بضرب السلطان [كذلك]<sup>(١)</sup> لا ينفك إلا بفكه .

والوجه الثاني - أن الحجر [ينفك]<sup>(٢)</sup> ؛ فإن سببه صرف ما كان له من مال إلى ديونه ، فإذا انتجز ذلك ، لم يكن للحكم باستمرار الحجر - وقد زال سببه - معنى .

٤٠٥١ - والسَّفِيه إذا ظهر صلاحه في الدِّين ، وإصلاحه المال<sup>(٣)</sup> ، فلا ينطلق الحجر عنه إلا بإطلاق القاضي ، كما سنذكره في كتاب الحجر ، إن شاء الله تعالى . والسبب فيه أن الحجر نظر للسَّفِيه ، والحق فيه له ، ونظر السلطان قائم ، والأمر موقوف إلى إظهاره انطلاق الحجر عنه . وسيأتي هذا في كتاب الحجر ، إن شاء الله تعالى .

٤٠٥٢ - وأما الجنون إذا أفاق ، فلاشك في ارتفاع الحجر عنه ؛ فإن الجنون وارتفاعه لا يتعلّقان بالنظر والاجتهاد ، وسنستقصي القول فيما عدا المفلس من المحجورين في كتاب الحجر ، إن شاء الله تعالى .

ومن تمام القول في ذلك أن الغرماء لو قالوا : رفعنا الحجر عنك ، والحق لا يعدونا ، ففي ارتفاع الحجر من غير رفع الأمر إلى القاضي تردد للأصحاب ، يدل عليه تلویحاتُهم ، ومرامزُهم ، فيجوز أن يقال : يرتفع الحجر لما ذكرناه من أن الحجر كان بسببهم ، وهم مطلقون لا تولي عليهم ، وهم في الأموال تحت الحجر كالمرتهن في العين المرهونة<sup>(٤)</sup> .

ويجوز أن يقال : لا بد من الرفع إلى القاضي ، فقد يظهر غريم غيرهم ، والأمر فيه مربوط بنظر الوالي ؛ فإنه النائب عن كل غائب .

(١) ساقطة من الأصل .

(٢) في الأصل : يفك .

(٣) (ت ٢) : للمال .

(٤) أي الأمر إلى المرتهن في الإذن ببيعها والتصرف فيها ، وردها إلى الراهن .

٤٠٥٣ - وذكر الشيخ في الشرح مسألة تتعلق بما نحن فيه : وهو أنه لو باع المفلس جميع ماله من غريميه ، ولا نعرف غريماً سواه . قال صاحب التلخيص : يصح بيعه ، قطع جوابه به ؟ فإن الحجر بسبب هذا الغريم . فإذا دار العقد بينهما ، وصدر عن تراضيهم ، فلا وجه إلا تصحيحه .

قال الشيخ أبو علي : كان يدور في خلدي إمكان خلافٍ في ذلك ، حتى رأيت للشيخ أبي زيد وجهاً آخر في ذلك : أنه لا يصح البيع من الغريم من غير معرفة القاضي ، وما ذكرته من التردد في رفع الغريم الحجر<sup>(١)</sup> عن المحجور عليه من غير مراجعة القاضي ، مأخوذه من هذه المسألة .

٤٠٥٤ - ولما حكى الشيخ التردد في البيع من الغريم بالدين الذي له على المحجور ، حكى بعده أن المحجور لو باع ماله من غريم<sup>(٢)</sup> بعينٍ آخر ، ولم يبعه منه بالدين الذي له عليه ، فلا يصح هذا ، وإن صدر عن الرضا<sup>(٣)</sup> .

وكذلك قال : لو باع المحجور بإذن الغريم ماله من أجنبي ، لم ينفذ . وإنما حكى عن صاحب التلخيص وأبي زيد المروزي الخلاف فيه إذا باع المحجور عليه ماله من الغريم بالدين . والذي ذكره الشيخ من الوفاق لا يساعد عليه ، ونفوذ البيع بإذن الغريم على نهاية الظهور في الاحتمال . ثم وجہ تخصيص الخلاف بالبيع بالدين ، أن ذلك يتضمن سقوط الدين ، وفي سقوطه انطلاقُ الحجر ، وفي البيع بغير الدين اطرادُ الحجر ، وكذلك / في البيع من الأجنبي . وما ذكرته من رفع الحجر ينطبق على البيع<sup>(٤)</sup> ٤٦ ي

وقد نجز الفصل الثاني من الفصول الثلاثة .

(١) ساقطة من (ت ٢) .

(٢) (ت ٢) : غريميه .

(٣) عبارة (ت ٢) : . . . عن الرضا بالدين الذي عليه .

(٤) (ت ٢) : المبيع .

### الفصل الثالث

قال : « وإذا أراد الذي عليه الحق إلى أجل السفر . . . إلى آخره »<sup>(١)</sup> .

٤٠٥٥ من عليه دين حال ، ولم يثبت إعساره ، إذا هم بالسفر ، استمكן مستحق الدين<sup>(٢)</sup> من منعه من المسافرة .

وحقيقة القول في ذلك أنه لا يمنعه عن السفر في عينه منع السيد عبدة ، والزوج زوجته ، ولكنها يمكن من شغله عن السفر ، برفعه إلى مجلس الحكم ، والتشبث به إلى توفية الحق .

٤٠٥٦ ولو كان الدين مؤجلاً ، لم يتمتنع على من عليه السفر ؛ إذ ليس<sup>(٣)</sup> لمستحق الدين التشبث به قبل حلول الأجل .

وهذا مطرد في الأسفار ، خلا سفر الغزو ؛ فإن أصحابنا اختلفوا فيه ، فذهب بعضهم إلى أنه يجوز منعه ؛ فإن مسيره ومصيره إلى مصرعه ، وهو سبب حلول الدين . وهذا بعيد ، لا أصل له .

والأصح أنه لا يمنع على من عليه الدين المؤجل أن يسافر نحو الغزو ؛ فإن النظر إلى الحال .

٤٠٥٧ ولو هم من عليه الدين المؤجل بالسفر ، فساوقة مستحق الدين ، عازماً على أن يلزمها حيث يحل الدين ، فلا يمنع من الخروج معه ، إذا كان لا يؤذيه إيداء المراقب ، والجادة<sup>(٤)</sup> مطريق الخلق .

٤٠٥٨ ولو قال مستحق الدين المؤجل لمن عليه الدين : لا تسافر حتى تعطيني كفياً بالدين أو رهنا ، لم يكن على من عليه الدين إسعافه ، خلافاً لمالك<sup>(٥)</sup> .

(١) ر . المختصر : ٢٢٣/٢ .

(٢) (ت ٢) : الحق .

(٣) (ت ٢) : وليس .

(٤) الجادة : الطريق . ومطريق مكان الطريق ، والطرق . (معجم) .

(٥) ر . القوانين الفقهية لابن جزي : ٣١٤ .

ولو قال لمن عليه الدين : أشهد على ديني ، فالذى قطع به الأصحاب أنه لا يلزم ذلك ، وهو الذى اختاره صاحب التقريب أيضا . وحکى وجهاً غريباً أنه يلزم إجابتة إلى الإشهاد . وهذا لا أصل له ، فلا أعده من المذهب .

**فِرَغْ :** ٤٠٥٩ - إذا أراد الإنسان أن يدعى ديناً مؤجلاً على إنسان ففي قبول دعواه قبل حلول الأجل وجهان : أحدهما - أنه لا يقبل ؛ فإنه لا يملك المطالبة به ، فكيف يملك الاستدعاء والرفع إلى مجلس القضاء . ومن أصحابنا من قال : تُقبل الدعوى ؟ فإنه يبغي به التسبب إلى إثبات ملك ذلك ، فليملك ذلك ، وإن كان لا يتوصل إليه في الحال .

فإن قلنا : الدعوى بالدين المؤجل مقبولة ، فلا كلام ، وإن قلنا : إنها غير مقبولة ، فعلى من يدعى الدين الحال أن يصرح بذلك الحال ، أو يقول : لي عليك ألف يلزمك تسليمك إلي . فإن قال ذلك ، وكان الدين مؤجلا ، فلل مدعي عليه أن يقول : لا يلزمني تسليم ما ادعنته .

٤٠٦٠ - وكشف القول يستدعي مزيد بيان مأخذ من الاختلاف في مسألة ، وهي أن الرجل إذا أقر بالفِي مؤجل ، فهل يقبل قوله في الأجل أم يؤخذ بالألف حالاً ، والقول قول المقر له في نفي الأجل مع يمينه ؟ فيه قولان سيأتي ذكرهما إن شاء الله تعالى ، في كتاب الأقارب .

فإن قلنا : لا يقبل قوله في الأجل لو أقر بالدين المؤجل ، فيكتفى منه - والحالة هذه - أن يقول : لا يلزمني التسليم ، ويحلف عليه .

إن قلنا : لا يؤخذ بالألف حالاً لو اعترف به مؤجلاً ، فوراء ذلك نظر ، يجب التشتبه فيه . وهو أنا إذا فرعننا على أنه لا يؤخذ بالألف حالاً ؛ فلو قال المقر له : حلقوني أحلف على نفي الأجل ، قلنا : لا يكتفى منك بهذا ؛ فإننا نفرع على أنه غير مؤخذ بالألف ، وما ذكرته موجب المأخذة ؟ فإنه على قول المأخذة كان لا يعجز عن تحليفك ، فكأننا نقول : لا يلزم إلا ما اعترف به ، والمعترض به دين مؤجل .

فإذا ثبت هذا ، عدنا إلى غرضنا قائلين .

ش ٢٤٦ ٤٠٦١— إن حكمتنا بأنه / يؤخذ بالألف حالاً ، وقد ادعى المدعي الألف حالاً ، ولو اعترف المدعي عليه بالألف المؤجل ، لكان مؤاخذاً بالألف حالاً . وغاية مضطربه أن يحلف المقر له ، فعلى هذا يكفيه أن يقول في جواب الدعوى : لا يلزمني تسليم ما أدعنته ، ولا يحلف إلا على هذا الوجه .

وإن قلنا : لو أقر بالدين المؤجل ، لم يؤخذ بالألف حالاً ، فهل يقنع منه بأن يقول : لا يلزمني تسليمه ؟ فعلى وجهين : أحدهما - أنه يقنع منه بذلك ؛ فإن مقصود الدعوى مطالبة المدعي عليه ، فإذا أنكر وجوب التوفيق ، وحلف عليه ، فقد تعرض لمضادة مقصود الدعوى .

ومن أصحابنا من قال : عليه أن يبوح . فإن لم يكن أصل<sup>(١)</sup> للدين ، فليصرح بنفيه في الإنكار ، وإن<sup>(٢)</sup> كان<sup>(٣)</sup> الدين ولكنه مؤجل ، فليقر به مؤجلاً .

٤٠٦٢— وممّا يتعلق ببيان ما نحن فيه : أن من اعترف بإعسار إنسان ، وأراد أن يدعى عليه ديناً ليثبته على توقع مطالبه به إذا أفاد مالاً ، فقي سماع ذلك خلافٌ مضاءٌ لما ذكرناه من دعوى الدين المؤجل . وهذه الصورة أولى بأن لا تُقبل الدعوى فيها ؛ فإن زوال العسر لا متنه له بضبط . وليس كالأجل .

٤٠٦٣— وذكر الأئمة في الدعوى على العبد في دين متعلق بذمته ترددأ<sup>(٤)</sup> أيضاً .

٤٠٦٤— وقد اشتمل كلامنا على ثلات مراتب : المرتبة الأولى في الدين المؤجل ، والثانية - في الدعوى على المعسر مع الاعتراف بإعساره ، والثالثة - وهي أبعدها ، وأولاها بالرد الدعوى على العبد بذمّين متعلق بذمته على ارتقاب العتق وزوال الرق .

\* \* \*

(١) (ت ٢) : له أصل .

(٢) (ت ٢) : فإن .

(٣) (كان) هنا تامة : والمعنى إن وجد الدين ، ولكنه مؤجل .

(٤) في النسختين : تردد .

## كِتَابُ الْحَجْرِ

٤٠٦٥- الحجر هو المنع ، وكل تحريم حجرٌ في الشرع . والحجر في اصطلاح الفقهاء ما يتضمن المنع من التصرف .

والأسباب المقتضية للحجر : الجنون ، والصبا ، والرق ، والسفه ، والفلس .

فأما المجنون، فلا استقلال له ، وأمره مفوضٌ إلى القوام عليه . والجنون يسلب حكم أقوال المجنون بجملتها . والصبا يضاهي الجنون في سلب الأقوال الملزمة ، وعليه بنينا منع إسلام الصبي على المذهب الظاهر ، والصلة تتعقد منه ؛ لأنها ليست لازمة . وفي إحرامه احتياط في المذهب بيئاً في المناسب . والفرق بين الإسلام والإحرام عسر .

٤٠٦٦- وأما الحجر بالرق ، ثابت . وقد أنكر بعض أصحابنا عدَّ الرقيق من المحجورين ، وقال : إنه لا يملك شيئاً ، فلم يتصرف . وهذا لا أصل له . ووجه منعه بيّن ، والقول في ذلك لا يشير إلى فقه .

وتصاريف أحوال العبيد تنقسم ثلاثة أقسام : قسمٌ - لا ينفذ منه ، وإن أذن المولى فيه كالولايات والشهادات . وقسم - يستفيده دون إذن المولى كالعبادات ، والتصرفات في النكاح المأذون فيه . وقسم - يتوقف نفوذه على إذن السيد وهو كابتداء النكاح ، والبيع والشراء ، على الأصح وغيرهما .

٤٠٦٧- وأما المحجور عليه بالفلس ، فقد انقضى حكمه في كتابه ، وأما المحجور عليه بالسفه ، فتفصيل القول في اطراد الحجر عليه ، وفيما ينفذ منه وما لا ينفذ ، سيعتني على الاتصال ، إن شاء الله تعالى ، وهو مقصود الكتاب .

٤٠٦٨- ثم ذكر الأصحاب في صدر الكتاب تفصيل القول في البلوغ وسيبه .

والغرض التعرض للسَّفَه والتَّبَذِير والرَّشَد المُنَاقِض لِهِمَا ، ولِكُنَّ نَظَمَ الْكَلَام يقتضي ي ٢٤٧ ذِكْر زَوَال الصَّبَا ، وَالنَّظَر بَعْد زَوَالِهِ فِي الرَّشَد / السَّفَه . وَالصَّبِيُّ فِي الإِطْلَاق غَيْر مَكْلُف ، وَكَانَ الشَّرْع لَم يُلْزِم الصَّبِيَّ قَضَايَا التَّكْلِيف بِسَبَبِيْن : أَحَدُهُمَا - أَنَّهُ فِي مَظْنَةِ الْغَبَاوَة وَضُعْفِ الْقَصْد ، فَلَا يَسْتَقْلُ بِأَعْبَاءِ التَّكْلِيف . وَالثَّانِي - أَنَّهُ عَرِيٌّ عَنِ الْبَلِيةِ الْعَظِيمَيِّ وَهِيَ الشَّهْوَة . ثُمَّ رِبَطَ الشَّرْعُ التَّزَامَ التَّكْلِيفَ بِأَمْدٍ ، أَوْ تَرْكِبَ الشَّهْوَة ، أَمَّا الْأَمْد فَيُشَيرُ إِلَى التَّهْذِيب بِالْتَّجَارِب ، وَأَمَّا تَرْكِبُ الشَّهْوَة ؛ فَإِنَّهُ تَعْرُضُ لِلْبَلِيةِ الْعَظِيمَ ، فَرَأَى الشَّرْع تَثِيتَ التَّكْلِيف مَعَهُ زَاجِرًا ، وَإِنْ اتَّفَقَ ذَلِكَ دُونَ الْأَمْدِ الْمُعْتَبَر فِي الْبَلَوغ .

٤٠٦٩- فَأَمَّا الْأَمْد ، فَمَذَهَبُ الشَّافِعِي أَنَّ بَلوَغَ الْغَلامِ وَالْجَارِيَةِ يَحْصُلُ بِاسْتِكْمَالِ خَمْسَ عَشَرَ سَنَةً . هَذِهِ هُوَ الْمَذَهَب .

وَذَكَرَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا وَجْهًا بَعِيدًا فِي أَنَّ الْبَلَوغَ يَحْصُلُ بِالْطَّعْنِ فِي السَّنَةِ الْخَامِسَةِ عَشَرَةً ، مِنْ غَيْرِ اسْتِكْمَال . وَهَذِهِ لَا أَصْلَلُ لَهُ . هَذِهِ قَوْلُنَا فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِالْزَّمَانِ .

٤٠٧٠- فَأَمَّا تَرْكِبُ الشَّهْوَةِ ، فَلَا مُظْلَلٌ عَلَيْهِ إِلَّا مِنْ جَهَةِ الْعَلَمَةِ ، حَتَّى نَذْكُرَ الْعَلَمَةِ فِي الْغَلامِ وَالْجَارِيَةِ وَالْخَتْنَىِ .

فَأَمَّا الْغَلامُ فَعَلَمَةٌ تَرْكِبُ الشَّهْوَةِ فِيهِ انْفَصَالُ الْمُنِيِّ ، وَقَدْ وَصَفَنَا فِي كِتَابِ الطَّهَارَةِ . ثُمَّ اخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي أَقْلَى السَّنَنِ الَّذِي يُفْرَضُ بَلوَغُ الْغَلامِ بِالْاحْتِلَامِ فِيهِ ، فَقَالَ قَائِلُونَ : إِنَّهُ يَحْتَلِمُ<sup>(١)</sup> إِذَا اسْتَكْمَلَ الْعَاشرَةِ . وَلَوْ فَرَضَ انْفَصَالَ مَا نَرَاهُ عَلَى صَفَةِ الْمُنِيِّ فِي التَّاسِعَةِ ، فَهَذِهِ نَادِرٌ .

وَقَدْ مَضَى القَوْلُ فِي كِتَابِ الْحِيْضِرِ فِيمَا يُفْرَضُ نَدُورُهُ فِي الْحِيْضِرِ ، وَأَفْلَهُ وَأَكْثَرُهُ . وَالْمُتَبَعُ فِي هَذِهِ الْأَبْوَابِ الْوَجُودُ ، وَاتِّبَاعُ الْأَوَّلِينِ ، وَقَدْ أَشَبَّعْنَا القَوْلُ فِي ذَلِكَ عَلَى أَقْصَى الْإِمْكَانِ .

وَإِنَّمَا الَّذِي نُجْرِيُهُ الآن ذِكْرُ كِلَامِ الْأَصْحَابِ ، خَلْفًا وَوَفَاقًا ، عَلَى مَا تَقْرَرَ عِنْهُمْ فِي حُكْمِ الْعَادَةِ . هَذِهِ قَوْلُنَا فِي سَبَبِ بَلوَغِ الْغَلامِ .

(١) (ت٢) : يَحْتَلِمُ .

٤٠٧١ - فأما سبب بلوغ الجارية ، فاعتبار السن [فيها كاعتبار السن]<sup>(١)</sup> في الغلام . وقد روى الدارقطني بإسناده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إذا استكمل المولود خمس عشرة سنةً ، كتب ما له وما عليه وأقيمت عليه الحدود »<sup>(٢)</sup> ولفظ المولود يعم الغلام والجارية ، فلا فرق بينهما فيما يتعلق بالسن باتفاق الأصحاب .

وأما<sup>(٣)</sup> الخارجُ الدال على البلوغ فيها ، فالحيض لا شك أنه يدل على البلوغ . والقول في أقل سن الحيض استقيناها في كتاب الحيض .

والمرأة إذا احتلمت وخرج منها ما يعتقد أنه أصل فطرة المولود من جانبها ، فقد ذكرنا في كتاب الطهارة أن المرأة تغتسل إذا رأت ذلك ، واستشهادنا عليه بحديث المرأة التي سأله صلى الله عليه وسلم وقالت : ما على المرأة إذا هي احتلمت ؟ فقال صلى الله عليه وسلم في آخر الحديث : « إذا رأت ذلك ، فلتغتسل » ، فإذا رأت الصبية ما وصفناه ، فهل يكون ذلك بلوغاً منها إذا رأت ذلك على سن إمكان البلوغ<sup>(٤)</sup> ؟ فعلى وجهين ذكرهما الأصحاب : أحدهما - أنه يكون بلوغاً منها ، بمثابة احتلام الغلام . والثاني - لا يكون بلوغاً ؛ لأن ذلك نادرٌ في جنسهن ، وحق البلوغ أن ينط بالعلمات الظاهرة . وللنَّظر<sup>(٥)</sup> وراء ذلك مضطربٌ .

إذا قلنا : يحصل البلوغ ، وهو الأصح ، فلا إشكال . وإن قلنا : لا يحصل البلوغ ، فالذي يتوجه عندي أن هذه لا يلزمها الغسل في هذا المقام ؛ فإنما لو ألمزناها ذلك ، لكان حكماً [بأن المنفصل مني]<sup>(٦)</sup> والجمع بين الحكم بأنه مني يوجب خروجه

(١) ما بين المعقوفين سقط من الأصل .

(٢) حديث « إذا استكمل المولود... » رواه البيهقي في السنن : ٥٧/٦ ، وقال : « إنه ضعيف » ، كما رواه في الخلافيات أيضاً . وعقب الحافظ على قول إمامنا : « رواه الدرقطني » قائلاً : لعله في الأفراد أو غيرها ، فإنه ليس في السنن (ر . التلخيص : ٩٣/٣ ح ١٢٥٢) .

(٣) (ت ٢) : أصحابنا . فأما .

(٤) (ت ٢) : إمكان سن البلوغ .

(٥) (ت ٢) : والنظر .

(٦) في الأصل : بأنه مني المنفصل . وفي (ت ٢) : بأن مني المنفصل . والمثبت تصرف من المحقق .

الغسلَ وبين الحكم بأن البلوغ لا يحصل به ، فيه تناقض . فعلًا هذا يقطع بوجوب ش ٢٤٧ الغسل بخروج المني من المرأة التي لا نشك في بلوغها . وإذا رأت / الصبيةُ ذلك في مظنة البلوغ ، ففي وجوب الغسل ما ذكرته . هنـذا ما رأيته .

وظاهر كلام الأصحاب ثبوت الغسل وجهاً واحداً ، والترددُ في حصول البلوغ<sup>(١)</sup> من جهة ندور الشيء . وهذا غير سديد . وظاهر المذهب حصول البلوغ<sup>(١)</sup> ، فقد اجتمع للمرأة أسباب ثلاثة إلى أن يلحق بها بعد ذلك ما ينبغي ، فالأسباب الثلاثة : السن ، والحيض ، وانفصال ماء الفطرة .

٤٠٧٢- فأما الإنبات - يعني إنبات العانة - فإنه يعم الغلام والجارية ، ولم يختلف الأصحاب في أنه تعلق به الحكم بالبلوغ في حق أولاد الكفار ، والشاهد له ما كان من رسول الله صلى الله عليه وسلم فيبني قريطة ، لما حكم سعد بقتل مقاتلتهم ، فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم برجاتهم ، فضررت أعناقهم ، وكان يأمر بالكشف عن مؤتمر الغلام ، فكل من أنبت منهم ، كان يقدم وتضرب رقبته<sup>(٢)</sup> .

٤٠٧٣- ثم الترتيب الجامع المرضي في ذلك ، أن الأصحاب اختلفوا في أن الإنبات عينُ البلوغ ، أو علامهُ البلوغ . هكذا قال الأصحاب . فإن جعلنا الإنبات عينَ البلوغ ، وجوب الحكم بالبلوغ عنده<sup>(٣)</sup> في أولاد المسلمين ، كما يجب ذلك في أولاد الكفار .

وإن قلنا : إنه علامهُ البلوغ ، ففي أولاد المسلمين وجهان : أحدهما - يحكم بالبلوغ فيهم قياساً على أولاد الكفار .

(١) ما بين القوسين سقط من (ت ٢) .

(٢) متفق عليه دون قصة الإنبات ، من حديث أبي سعيد (اللؤلؤ والمرجان ح ١١٥٥) وأما قصة الإنبات ، فهي عند أصحاب السنن : رواها أبو داود : الحدود باب في الغلام يصيّب الحد ، ح ٤٤٠٤ ، والترمذى : السير باب ما جاء في التزول على الحكم ، ح ١٥٨٤ ، والنسائى : الطلاق ، متى يقع طلاق الصبي ، ح ٣٤٣٠ ، وعنه أيضاً في كتاب قطع السارق ، باب حد البلوغ ، ح ٤٩٨١ ، وابن ماجة : الحدود باب من لا يجب عليه الحد ، ح ٢٥٤١ ، ٢٥٤٢ ، وانظر التلخيص : ٩٤/٣-١٢٥٣ .

(٣) عنده : أي عند من يقول بأن الإنبات عينَ البلوغ .

والثاني - لا يُحکم ؛ فإنما نطلع على تواریخ ولادة أولاد المسلمين ؛ فلا تتعلق بالأمر الخفي ، وقد لا نطلع على التواریخ في أولاد المشرکین ، فنكتفي بهؤلئه العلامة . وهذا الذي ذكره الأصحاب فيه بعض النّظر ، [فلا]<sup>(١)</sup> وجه عندنا للحكم بأن الإنبات عینُ البلوغ ، ولا طريق إلا القطعُ بأنه علامٌ . ثم ينتظم عليه مراد الأصحاب في القطع بأنه علامٌ في أولاد الكفار ، والتردد في أولاد المسلمين والمعنى بالإنبات ظهورُ الشعر الخشن الذي يتميّز عن الزغب .

وحكى بعض الأثبات عن القاضي أنه نَزَّل نبات اللحية ، والشارب ، والإبط ، متزلة نبات العانة ، وهذا حسن متوجه . وإنبات العانة يقع في مفتتح تحريك الطبيعة ، في [ترکب]<sup>(٢)</sup> الشهوة .

ونباتُ اللحية ، والشارب والإبط لا يتراخي في الغالب عن البلوغ ، فكان أولى بالدلالة على البلوغ من إنبات شعر العانة .

فأمّا انفراد الأنفنة<sup>(٣)</sup> ، ونتوء غضروفه الحلقوم ، وثقل الصوت ، ونهودُ الثدي ، فشيء منها لا يكون علامًّا في البلوغ .

هذا متنه ما أردناه في بلوغ الغلام والجارية ، وما يختص به كل واحد منهمما ، وما يشتراكان فيه .

٤٠٧٤ - فأمّا الخشى ، فالحسن في حق كالحسن في حق الجنسين ، وأمّا انفصال ما هو على نعمت المني ، وخروجُ ما هو على صفة الحيض ، فهل يتعلق البلوغ به ؟ ذكر الشيخ أبو علي ، والعراقيون طريقة ، نحن طاردوها ، ثم ننبه على وجه التحقيق .

قالوا : إذا انفصل [منه]<sup>(٤)</sup> ما هو على صفة المني ، فلا تحكم بالبلوغ ، لجواز أن

(١) في الأصل : ولا .

(٢) في الأصل : تركيب .

(٣) (الأنفنة) بمعنى : طرف الأنف . (المصباح - المعجم) ولكن ما معنى انفرادها ؟ وكيف يكون انفرادها عند البلوغ ؟

(٤) ساقطة من الأصل .

يعارضه خروجٌ ما هو على صفة الحيض ، وكذلك إذا سبق خروج المني<sup>(١)</sup> من فرج النساء ، لم نحكم بالبلوغ لما ذكرناه من احتمال خروج الدم بعده . ولو خرج المني من الذكر ، والدم من الفرج ، ففي الحكم بالبلوغ وجهان : أحدهما - أنه يحكم به ؛ فإنه إن<sup>(٢)</sup> كان رجلاً ، فقد أمنى ، وإن كانت امرأة ، فقد حاضت .

والوجه الثاني - أنه لا يُحكم بالبلوغ لتعارض الخارجين ، وليس أحدهما بأن يحال عليه البلوغ أولئك من الثاني .

قال الشيخ أبو علي : نص الشافعي يدل على هذا الوجه الأخير ، وهو أن البلوغ لا يحصل عند التعارض .

٤٠٧٥- وهذا الذي ذكروه كلام مختلط ، لا يستند إلى تحصيل . وقد ذكر الأصحاب في الطرق في علامات الذكورة والأئمة ، أن الختنى إن كان يبول بمبال الرجل ، فهو رجل ، وإن كان يبول بمبال النساء ، فهو امرأة ، وإن كان يبول بهما ، فالامر مشكل<sup>(٣)</sup> ، فيتعلق بخروج المني والحيض أوان البلوغ ، فإن أمنى بفرج الرجال ، فهو رجل ، وإن حاض بفرج النساء ، فهو امرأة ، فإن كان خروج ما هو على نعمت المني دالاً على الذكورة ، فيجب القطع بكونه منيًّا دالاً على البلوغ ، وإن لم نحكم بالبلوغ ، وجب أن نحكم بالذكورة ، وهذا لا شك فيه .

والقول في الحيض إذا انفرد ، ولم يعارضه المني كالقول في المني إذا لم [يعارضه]<sup>(٤)</sup> الحيض .

٤٠٧٦- وأنا أذكر مسلكين : أحدهما - الحق عندي . والثاني - يفيد تقريب كلام الأصحاب من وجوبه ، على بعده . فأما الحق الذي يجب اتباعه ، فهو أن نقول : المني إذا انفرد خروجه ، كان بلوغًا . وكذلك القول في الحيض إذا انفرد . فإن قيل : إذا سبق المني ، لم يبعد توقع الحيض بعده ، فكيف يقع به الحكم بالبلوغ ؟ قلنا : هذا

(١) (ت٢) : الدم .

(٢) (ت٢) : فإن كان .

(٣) (ت٢) : ملتبس .

(٤) في الأصل : يعرض .

يتوجه في الحكم بالذكورة والأنوثة . وإن شباب مشبب بخلافٍ في الذكورة والأنوثة في الحيض والمني ، ألزم خروج البول من أحد المبالين ؛ فإنه يبيّن الذكورة والأنوثة ، وإن كنا لا نأمن خروجَه من المبال الثاني بعد خروجه من المبال الأوّل . ثم لا خلاف أنا نعلق الحكم بالمبال إذا سبق ، فإن تأخر عنه الخروج من المبال الثاني ، نقضنا ما حكمنا به ، فالوجه إذاً القطع بحصول الذكورة بالمني إذاً انفرد ، وحصول البلوغ . وكذلك القول في الحيض إذاً انفرد .

وإن خرج المني والحيض ، فلاشك أنا لا نحكم بالذكورة والأنوثة ، لتعارض الأمرين . وهل [يُحکم]<sup>(١)</sup> بالبلوغ ؟ هذا محتمل جداً . يجوز أن يقال : يحصل البلوغ ؛ فإنه إن التبس الذكورة والأنوثة ، فقد حصلت العلامتان المعترتان في البلوغ ، فإن كانت امرأة ، فقد حاضت ، وإن كان رجلاً ، فقد أمنى . ويجوز أن يقال : لا يحصل البلوغ بناء على أن الخارجين ليسا منيًّا ولا حيضاً ؛ فإن تعارضهما قد [يثير]<sup>(٢)</sup> هذا الإشكال ، فإن الجبنة التي تنشيء المني ، لا تنشيء الحيض من مغيبته ، والطبيعة التي تنشيء الحيض لا<sup>(٣)</sup> تنشيء المني ، فلا يمتنع ألاً نحكم على الواحد من الخارجين تحقيقه ، وبهذا نوجه نص الشافعي - إن كان له نص<sup>(٤)</sup> - فهذا الطريقة التي أرتضيها .

فاما تقرير قول الأصحاب ، وحمله على وجه يقرب بعض القرب ، فهو أن يقال : إن سبق المني ، حكمنا حكماً ظاهراً بالبلوغ ، وكذلك إن سبق الحيض ؛ فإن سبق أحدهما ، ولحقه الثاني ، فحكمنا بالبلوغ ، ربطاً بالسابق منقوضٌ لا محالة . فهذا هو المعنى بقول الأصحاب : لا نحكم بالبلوغ . فإذا اعتقلا ، فهل نحكم الآن ، وقد نقضنا حكمنا الأول بالبلوغ ؟ فعلى التردد . وهذا مع بذل الجهد فيه مُشَيْج<sup>(٥)</sup> .

(١) في الأصل : يحکم .

(٢) في الأصل : يكثر .

(٣) ساقطة من (ت ٢) .

(٤) في هامش (ت ٢) : حاشية : « نص الشافعي رضي الله عنه في الأم أن الخشى إذا حاض وأمنى ، لا نحكم ببلوغه ».

(٥) مشَيْج : معنئ . (معجم) .

## فضحه

ش ٢٤٨ - ٤٠٧٧ - قد ذكرنا ما يحصل البلوغ به ، ونحن نذكر الآن الرشد ومعناه / ، ونقيضه ، وهو السفه ؛ فإنَّ الرَّبَّ تَعَالَى عَلِقَ زَوْلَ الْحَجَرَ فِي حَقِّ الصَّبِيِّ بِالْبَلُوغِ ، وإنَّا نَسَرَ ، فَقَالَ تَعَالَى : «**فَإِنَّمَا أَسْتَمِّ مِنْهُمْ رُشْدًا**» [النساء : ٦] فَنَذَرَ مَعْنَى الرَّشْدِ ، فَقُولُ : الرَّشِيدُ هُوَ الصَّالِحُ فِي دِينِهِ ، الْمُصْلِحُ لِمَالِهِ ، فَلَوْ بَلَغَ الصَّبِيُّ مُبَدِّرًا ، وَهُوَ الَّذِي يَصْرُفُ مَالَهُ فِي جَهَةٍ لَا يَسْتَفِدُ بِهِ أَجْرًا فِي الْأَجْلِ ، وَلَا حَمْدًا مَمَّنْ يُعْتَبِرُ حَمْدُهُ فِي الْأَجْلِ . هَذَا مَعْنَى التَّبْذِيرِ .

٤٠٧٨ - فإنَّ بَلَغَ الصَّبِيُّ فَاسِقًا ، وَكَانَ يَعْدُهُ أَهْلُ الْمُعَامَلَاتِ مُصْلِحًا لِمَالِهِ ، مُقْتَرًا ضَابِطًا ، فَهُوَ فِي مَعْنَى الْمُبَدِّرِ ؛ وَالسَّبَبُ فِيهِ أَنَّ الْفَاسِقَ قَدْ يَصْرُفُ أَمْوَالَهُ إِلَى [اتخاذ]<sup>(١)</sup> الْخُمُورِ ، [وَأَجْرَةِ الْقَيْنَاتِ]<sup>(٢)</sup> وَأَبْنَاءُ جَنْسِهِ يَعْدُونَهُ مُقْتَصِدًا فِي نُوْعِهِ ، وَصَرْفُ الْمَالِ إِلَى هَذِهِ الْجَهَاتِ تَبْذِيرٌ فِي الشَّرْعِ ، وَإِفْسَادٌ لِلْمَالِ .

٤٠٧٩ - وَلَوْ كَانَ يَتَعَدَّ طُورَهُ<sup>(٣)</sup> فِي اتَّخَادِ الْأَطْعَمَةِ الْفَائِقَةِ الْكَثِيرَةِ القيمةِ وَالْمُؤْنَةِ ، وَكَانَ لَا يَلِيقُ مَا يَفْعُلُهُ بِمَنْصِبِهِ وَمَرْتَبِهِ فِي الْيَسَارِ ، فَهَذَا مِنْهُ تَبْذِيرٌ . وَيَخْتَلِفُ مَا أَشْرَنَا إِلَيْهِ بِالْخَلْفِ الْمَنَازِلِ وَالرَّتَبِ .

٤٠٨٠ - وَذَكَرَ أَئْمَنَتَا أَنَّ صَرْفَ الْمَالِ فِي الْخَيْرَاتِ وَجَهَاتِ الْقَرِيبَاتِ لَيْسَ بِتَبْذِيرٍ . وَمِنْ رَشِيقِ كَلَامِ الْمُتَقْدِمِينَ قَوْلُ بَعْضِهِمْ : لَا خَيْرٌ فِي السَّرْفِ ، وَلَا سُرْفٌ فِي الْخَيْرِ . وَكَانَ شِيخِي يَفْصِلُ ذَلِكَ تَفْصِيلًا حَسَنًا ، وَيَقُولُ : إِذَا بَلَغَ الصَّبِيُّ ، وَكَانَ يَتَشَوَّفُ إِلَى صَرْفِ الْمَالِ إِلَى الْخَيْرَاتِ عَلَى سُرْفٍ ، فَهُوَ تَبْذِيرٌ مِنْهُ ، [إِنَّ بَلَغَ مُصْلِحًا لِلْمَالِ مُقْتَصِدًا ، وَزَوْلَ الْحَجَرَ ، ثُمَّ طَرأَ السَّفَهَ ، فَنَذَرَ أَنَّهُ يَعُودَ الْحَجَرَ ، فَلَوْ طَرأَ إِفْرَاطٌ فِي صَرْفِ الْمَالِ إِلَى الْخَيْرَاتِ ، فَلَا نُعِيدُ عَلَيْهِ الْحَجَرَ بِهَذَا] . وَعِنْدَ ذَلِكَ يَقْعُدُ الْفَرْقُ بَيْنَ

(١) مُزِيَّدةٌ مِنْ (ت٢) .

(٢) مَا بَيْنَ الْمَعْقَفَيْنِ أَثْبَتَنَا مِنْ (ت٢) . مَكَانُ كَلْمَةِ وَاحِدَةٍ بِالْأَصْلِ تَعْذِرُ قَرَاءَتُهَا ، صُورَتُهَا هَذِكُذا : (واحساه) .

(٣) فِي الْأَصْلِ : فِي طُورِهِ .

السرف في النفقات ، وبين السرف في الخيرات<sup>(١)</sup> وهذا على حسن ممّا انفرد به .

والأئمة لم يفرقوا بين حالة البلوغ ، وبين ما يطرأ من ضرورة بالخيرات ، والمسألة في الإطلاق والتفصيل محتملة جدًا .

٤٠٨١- وإذا بلغ الصبي سفيهاً ، اطرد الحجر عليه ، ووليه بعد بلوغه سفيهاً ممّا كان ولية في صبا ؛ فإن السفة اتصل بالصبا ، فكان ذلك بمثابة تمادي الصبا .

٤٠٨٢- وإذا زال سفة السفيه وبيان رشدُه ، فالأصح أنه ينطلق الحجر عنه من غير حاجة إلى رفع القاضي وإطلاقه ؛ فإن استمرار الحجر لم يكن بضرب القاضي ، [فلا]<sup>(٢)</sup> يتوقف زواله على إطلاقه ، وإزالته .

ومن أصحابنا من قال : لا ينطلق الحجر عنه ، وإن ظهر رشدُه ، ما لم يتصل الأمر بنظر القاضي وإطلاقه ؛ فإن زوال السفة مجتهدٌ فيه ، فيجب ربط رفع الحجر بمن إليه النظر العام . وهذا بعيد جداً .

٤٠٨٣- وممّا يتصل بتمام القول في ذلك أن الصبيَّ لو بلغ ، ولم يظهر منه ما يخالف الرشد ، فالأصح أن الحجر يرتفع عنه ، ولا حاجة إلى إطلاق القاضي .

وذكر بعض الأصحاب وجهاً بعيداً في هذا المقام أيضاً في أن رفع الحجر يتصل بالحكم وإطلاق الحاكم . وهذا بعيد جداً ، وهو أبعد مما حكيناه فيه إذا بلغ سفيهاً ، ثم زال السفة واستمر الرشد ؛ فإنه قد يظن أن الحجر ثبت<sup>(٣)</sup> بمجتهدٍ فيه ، وهو السفة ، فيزيله المجتهد بنظره . وهذا يبعد كل البعد إذا لم يثبت سفة متصل بزوال الصبا .

٤٠٨٤- فلو بلغ الصبيُّ شيئاً ، وثبت كونه مطلقاً ، فعاد سفيهاً ، فلا بد من الحجر . والمذهب الأصح أنه لا يعود بنفسه محجوراً عليه ، بل يتوقف الحجر على ضرب القاضي ؛ فإنه ثبت استقلاله ، وانقطاع الولاية عنه ؛ فلا سبيل إلى عود الحجر

(١) ما بين المعقفين ساقط من الأصل ، وأثباته من (ت ٢) .

(٢) في الأصل : ولا .

(٣) (ت ٢) : يثبت .

بأمرٍ مجتهد فيه ، من غير أن يصدر عن نظر المجتهد .

ومن أصحابنا من قال : يعود محجوراً عليه ، كما<sup>(١)</sup> عاد السفه ، ولا حاجة إلى  
ي ٢٤٩ نظر القاضي ، بل عَوْدُ السفه ، وطريانُه / بمثابة طريان الجنون .

٤٠٨٥- ثم إذا كان الحجّر ثبت بنفس السفه ، أو بضرب القاضي ، فلو طرأ الفسقُ  
مع استدامة الضبط في المال والضئنة به ، فهل يعاد الحجر عليه لمكان الفسق ؟ المذهب  
أنَّه لا يعاد ؛ ولو حجر القضاة على الفسقة ، لحجّر على معظم الخلقة . وكل ما يفعله  
الحُكَّام نظراً ، فهو محظوم . ونحن نعلم أنَّ الأولين لم يَرُوا الحجر على الفسقة ، ولو  
رأوه ، لأظهروه ، ثم كان لا يخفى النقل فيه .

فخرج مما ذكرناه أن طريان الفسق مع التبذير يتضمن الحجر ، وطريان التبذير مع  
الصلاح في الدين يوجب الحجر أيضاً . فأما الفسق المجرد ، ففيه من الخلاف ما ذكرناه .

٤٠٨٦- ولئن قال قائلون : طريان التبذير يوجب الحجر من غير ضرب من جهة  
القاضي ، فلا ينبغي أن يعتقد هذا الوجه في الفسق المجرد مع الضئنة بالمال ، ويجب  
القطعُ بأنَّ الحجر بالفسق المجرد - إن رأينا - فلا مأخذ له إلا ضربُ القاضي واجتهاده .

٤٠٨٧- ثم إن زال السفه الطاريء وظهر الرشدُ ، فإن قلنا : الحجر موقف على  
ضربٍ ، فالانطلاق<sup>(٢)</sup> عنه موقف على قضاء القاضي . وإن قلنا : ثبت الحجر من غير  
ضرب من جهة القاضي ، ففي زوال الحجر عند زوال السفه الطاريء وجهان ، كما  
تقدّم ذكرهما في زوال السفه الذي كان متصلةً بالصبا .

٤٠٨٨- وتمام الغرض في ذلك أن الصبي إذا بلغ سفهياً ، وكان يليه في صباء أبوه ،  
فوليه في السفه ولئله في الصبا بلا خلاف . وكذلك لو بلغ مجنوناً ، واتصل الجنون  
بالبلوغ فليه مجنوناً من كان يليه صبياً .

ولو بلغ عاقلاً رشيداً ، ثم طرأ الجنون ، فلا شك في كون المجنون محجوراً عليه ،

(١) كما : بمعنى عندما .

(٢) ( ت ٢ ) : فانطلاق الحجر .

واختلف أصحابنا في أن ولية القاضي ، أو الأب . فمن أصحابنا من قال : ولية الأب ، كما كان يليه من قبل ، فليليـة الآـن . ومن أصحابنا من قال : يليه القاضي .

ولو عاد التبذير ، وقلنا : القاضي هو الضارب للحجر ، فهو الولي ، أو من ينصبه القاضي ؟ وإن قلنا : يعود الحجر من غير ضرب للقاضي ، ففي ولية وجهان ، مرتبان على الوجهين في الجنون الطارئ . وهذه الصورة أولى بأن يكون القاضي ولـياً فيها ؛ فإن التبذير وزواله مجتهـدٌ فيه بخلاف الجنون .

**فَتَرْجُعٌ :** ٤٠٨٩ - إذا بلغ صبيٌ في قطـير شـاغـر عن الـولاـة ، وكان سـفـيـهاـ ، ولم يكن له أـبـ ولا جـدـ ، فالـذـي ذـهـبـ إـلـيـ الأـصـحـابـ أـنـ مـحـجـورـ عـلـيـهـ ، لا يـنـفـذـ تـصـرـفـهـ عـلـىـ ما سـنـذـكـرـ تـصـرـفـ المـحـجـورـ عـلـيـهـ ، وـنـصـفـهـ .

وحكى الشيخ أبو علي في شرح التلخيص وجهاً عن بعض الأصحاب أن تصرفه ينفذ إلا أن يلحقه نظرٌ وإلـيـ ، فيضرب عليه حـجـراـ حـيـثـنـذـ . والـسـفـهـ المـتـصـلـ عـنـ هـذـاـ القـائـلـ بالـبـلـوـغـ بـمـثـابـةـ السـفـهـ الطـارـئـ عـلـىـ الرـشـدـ ، وقد ذـكـرـنـاـ أـنـ المـذـهـبـ أـنـ مـنـ طـرـأـ عـلـيـهـ السـفـهـ لـاـ يـصـيرـ مـحـجـورـاـ عـلـيـهـ مـنـ غـيرـ ضـرـبـ القـاضـيـ وـنـظـرـهـ . وـهـذـاـ بـعـيـدـ .

والوجه القطع بما قدمناه من اطراد الحجر عليه ، ووقوعه نبذة<sup>(١)</sup> من نظر الـولاـةـ وهو سـفـيـهـ ، كـوـقـوـعـهـ كـذـلـكـ وـهـوـ صـبـيـ .

**فَتَرْجُعٌ :** ٤٠٩٠ - إذا كان البالغ رشيداً في الـوـجـوـهـ<sup>(٢)</sup> ، يـبـيـدـ أـنـ كـانـ يـغـبـنـ فـيـ بـعـضـ التـصـرـفـاتـ عـلـىـ الـخـصـوصـ ، فـهـلـ لـلـقـاضـيـ أـنـ يـضـرـبـ عـلـيـهـ حـجـراـ خـاصـاـ فـيـهـ ؟ فـعـلـىـ وـجـهـيـنـ : أحـدـهـماـ - لـيـسـ لـهـ ذـلـكـ ؛ فإنـ الـحـجـرـ وـالـإـطـلـاقـ يـبـعـدـ اـجـتـمـاعـهـمـاـ فـيـ حـقـ شخصـ / واحدـ .

والـوـجـهـ الثـانـيـ - أـنـ يـجـوزـ ذـلـكـ اـتـبـاعـاـ لـلـمـعـنـىـ .

قال الشافعي رضي الله عنه في توجيه جواز ذلك: قول رسول الله صلى الله عليه وسلم

(١) في الأصل : بدون نقط . ونبذة : أي ناحية (المعجم) والمراد هنا ناحية بعيدة عن الحكم . وفي (ت ٢) : (بيده) وهو من تصحيفاتها العجيبة .

(٢) كذلك في النسختين . ولعلها في « كل الـوـجـوـهـ » .

لحجّان ، وكان يغبن في البياعات « إذا بعت ، فقل لا خلاة »<sup>(١)</sup> يشبه أن يكون حجراً عليه ، في إلزام البيع ، وعقده من غير خيارٍ . وهذا قاله في سياق الاحتجاج على مالك<sup>(٢)</sup> ؛ إذ قال : الغبن يثبت حقَّ الفسخ ، فقال الشافعي : لو كان الأمر كذلك ، لما أمر حجّان بشرط الخيار ، ثم بنى عليه ما ذكرناه من تبعيض الحجر .

### فصلٌ

٤٠٩١- قد ذكرنا فيما تقدم السفة ومعناه ، وثبوت الحجر وارتفاعه ، والتفصيل في اقتران السفة بالبلوغ ، وطريانه بعد الرشد . ومقصود هذا الفصل تفصيل ما يصح منه ، وما لا يصح .

قال الأئمة : يصح طلاقه ، وخلعه وظهاره ، وإقراره بالنسبة استلحاقاً ؛ فإن هذه الأشياء لا تدخل تحت الحجر ، وليس المبذر كالصبي ؛ فإن الصبي مسلوبُ العبارة بالكلية ، ويصح أيضاً إقراره بما يوجب القصاصـ عليه .

فإن قيل : لم صحّ حتم الخلع منه وهو تصرف مالي ؟ قلنا : إذا كان يصح منه الطلاق بلا عوض ، فلأنه يصح منه الطلاق<sup>(٣)</sup> بعوض - وإن قلـ أولـي .

وذهب الأكثرون إلى أنه يصح منه قبول الهبة ، بخلاف الصبي ؛ فإنه لا عبارة له ، وسنذكر في وصية الصبي ، وتدبيره عبده قولين في كتاب الوصايا . وفي المبذر في التدبير والوصية قولان ، مرتبان على الصبي ، وهما بالنفوذ أولـي من المبذر ؛ فإنه من أهل العبارة .

وأمـا بيعـه وشـراؤـه ونـكـاحـه ، فلا يـصحـ شيءـ منها ، إذا استـقلـ واستـبدـ بـذـاتهـ .

٤٠٩٢- ولو أدـنـ لهـ الـوليـ فيـ عـقـدـ ، وـعـيـتهـ لـهـ ، فـحـاـصـلـ ماـ قـالـهـ الأـصـحـابـ أـوجـهـ :

(١) سبق تخرجه في باب الخيار في البيع .

(٢) ر. البهجة في شرح التحفة : ١٠٦-١٠٨ .

(٣) (ت ٢) : الخلع .

أحداها - أنها<sup>(١)</sup> تصح إذا صدرت عن إذن الولي ؛ فإن عبارته صحيحة ، والمحذور استقلاله .

والوجه الثاني - أنها لا تصح ؛ فإن عبارته مسلوبة في العقود الملزمة .

والوجه الثالث - أن النكاح يصح بعبارته عند الإذن ، بخلاف البيع والإجارة .

وفي نكاح المحجور تفاصيل مشروحة في كتاب النكاح ، فليطلب منه .

**فِيَّ:** ٤٠٩٣ - إذا اشتري المحجور شيئاً في ذمته ، من غير إذن الولي ، فالذي قطع به الأصحاب أن شراءه فاسد ، لمكان الحجر .

وحكى بعض المصنفين وجهاً في صحة شرائه ، تخريجاً على الوجه الضعيف ، الذي حكيناه في شراء العبد بغير إذن مولاه . وهذا ليس بشيء ؛ فإن العبد من أهل النظر ، إذا كان رشيداً ، وإنما الحجر عليه بسبب المولى . فإذا كنا لا نعلق برقبة العبد وكسبه شيئاً من عهدة عقده ، فلا يمتنع تصحيح عقده . والمبذر يُنظر له في الحجر ، وحقه مرعيٌ<sup>(٢)</sup> في الحال والمآل . وقد نسب<sup>(٣)</sup> هذا الوجه إلى الشيخ أبي حامد<sup>(٤)</sup> ، وقد تبعت كتب العراقيين ، وتعليق أبي حامد ، فلم أجده ذلك ، فالتفريع إذاً على أنه إذا اشتري المحجور المبذر شيئاً ، لم يصح . فلو أتبضه البائع ما باعه ، فتلف في يده ؛ لم يلزممه الضمان . والبائع هو الذي ضيع حقَّ نفسه .

٤٠٩٤ - ثم قال الأئمة : لو صار السفيه رشيداً ، وانطلق الحجر عنه ، فلا يطالب أيضاً ، والسبب فيه ما ذكرناه من أنا رأينا حقَّ المبذر . وحقيقه مرعيٌ في الحجر والإطلاق ؛ وليس / كالملبس ؛ فإنما قد نرد بعض تصرفاته في الحجر ، ثم ننفذه إذا ٢٥٠

(١) بتأنيث الضمير على معنى الصيغة أو العبارة .

(٢) (ت ٢) : يُرعى .

(٣) ما بين القوسين ساقط من (ت ٢) .

وهذا الإنسان هو الذي عبر عنه (بعض المصنفين) آنفاً . وقد تقدم أنه يقصد به

(الغوراني) ، فهو كثير الخط عليه ، وتضعيقه في نقله . كما قرر ذلك ابن السبكي .

(٤) الشيخ أبو حامد الإسفاريني . شيخ العراقيين .

انطلق الحجر عنه ، والسبب فيه أن المرعي حقوق الغرماء ، والحجر مضروب بسببيهم . وقد زالت حقوقهم .

**٤٠٩٥** - وقال الأئمة : لو اشتري المبذر شيئاً ، وقضه وأتلفه ، كان كما لو تلف في يده ، وإن كان لو أتلف مال أجنبي ابتداءً ، تعلق الضمان بماله ، ولكن إذا ترتب الإتلاف على الشراء ، فسيبِه تسلیط البائع .

قال صاحب التقريب : « هو غير مطالب ظاهراً ، ولكن إذا انطلق الحجر عنه ، فهل نقول : إنه وإن لم يطالب ظاهراً ، فالضمان واجبٌ عليه بينه وبين الله تعالى ؟ فعلى وجهين » .

وهو عندي هفوة ؛ فإنه لو ثبتت المطالبة باطنًا ، فلا مانع من توجيهها ظاهراً . والذي ذكره فيه إذا أتلف ، وما أراه يطُرد ما حكاه فيه إذا تلفت العين في يده من غير إتلاف . والعلم عند الله .

**٤٠٩٦** - إذا أقر المبذر أنه أتلف مالاً لأجنبي ، ففي قبول إقراره قولان : أصحهما - الرد ، كما لو أقر بدين مرسل ، أو أقر بأن عيناً من أعيان أمواله مغصوبةٌ من فلان ؛ فإن أقاريره مردودةٌ في هذه الجهات .

والقول الثاني - أن إقراره مقبول ؛ فإن الإتلاف يتصور منه ، ولو جرى ، لأوجب ، وكل ما يتصور ، فالإقرار به صحيح ، ممَّن تصح عبارته .

والأصح الأول ؛ فإن الإقرار تعبر <sup>(١)</sup> بإنشاء مسْوَغٍ في الشعْر ، وإتلاف مال الغير غير مسوَغٍ . ثم كل إقرارٍ رَدَدْناه في حالة الحجر ، فلا مؤاخذة به بعد الإطلاق ، إلا أن يعيد بعده إقراراً جديداً .

**٤٠٩٧** : ينبغي للولي أن يختبر الصبيَّ أوَانَ البلوغ ، ليعلم سفهه ورشده ، فإن كان على مرتبة السوقَة والتجار ، دفع إليه مالاً وأمره بالتصرف فيه بالبيع [والشراء]<sup>(٢)</sup> . وإن لم يكن من هؤلاء ، وكان منصبه لا يقتضي البيع والشراء ،

(١) في (ت٢) تعين .

(٢) مزيدة من (ت٢)

فاختباره بأن يدفع إليه مالاً ، ويأمره بإنفاقه على الخدم ، ويعلم اقتصاده وغباوته .  
والاختبار في كل جنسٍ على ما يليق بهم . ولا حاجة إلى التطويل بالتفصيل .

**٤٠٩٨** - ثم قال الأصحاب : ينبغي أن يقع الاختبار قبل البلوغ ، حتى إذا ظهر الرشد ، وقع البدار إلى تسليم المال ، فإن كان الاختبار بعقد بيع ، فالأصح أنه يأمر الصبي حتى يساوم ، ويطلب ، ويمارس ، فإذا حان العقد ورآه الوالد صواباً ، تولي بنفسه العقد ؟ فإن عقد الصبي باطل . وأبعد بعض أصحابنا ، فصحح عقد الاختبار من الطفل ، وتعلق بظاهر قوله تعالى : « وَبَلُّوَا أَيْتَمَ حَتَّى إِذَا بَلَّوْا النِّكَاحَ » الآية [ النساء : ٦ ] ولا متعلق فيها ؛ فإن الابتلاء مجمل ، لا تعرض فيه للعقد وأسبابه .

**٤٠٩٩** - السفيه إذا أحرم بالحج ، انعقد إحرامه ، فإن كان الحج طوعاً ، فلا يسلم إليه الوالى [ مالاً ]<sup>(١)</sup> يتبلغ به . واختلف أصحابنا بعد ذلك ، فمنهم من قال : حكمه حكم المحصر الذي له أن يتحلل ، وقد مضى القول في المحصر . ومنهم من قال : ليس كالمحصر ، ولا سبيل إلى تحليله ، وحكمه حكم معسر ، يحرم ، وعدم النفقة لا يكون إحصاراً .

**٤١٠٠** - إذا كان السفيه مطلقاً ، وال الحاجة ماسة ، فالوجه أن يشتري الوالى له جارية ، فإن عتقه لا ينفذ فيها . ومهما تبرم بها ، باعها الوالى ، واشترى غيرها<sup>(٢)</sup> .

\* \* \*

(١) ساقطة من الأصل .

(٢) إلى هنا انتهت نسخة الأصل ( ٢٥ ) وجاء في خاتمتها ما نصه : « تمت المجلدة ، والله الحمد والمنة . ويتلوه في المجلد الآخر إن شاء الله كتاب الصلح .

واتفق الفراغ منها في الرابع والعشرين من شهر شعبان سنة خمس وستين وخمسمائة ، غفر الله للقاريء والكاتب ، والمصنف ولجميع المسلمين ، ورحم [.....] آمين .



## كتاب الصلح<sup>(١)</sup>

٤١٠١ - صدر الشافعي رضي الله عنه الكتاب تيمناً بقول عمر رضي الله عنه : إذ قال : « الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرام حلالاً »<sup>(٢)</sup>. فالمحلل للحرام هو الصلح المورّد على عوضٍ محرم ، كالخمر والخنزير ، والمغصوب / ، وغيرها .

١٧٧

والصلح المحرّم للحلال هو المشتمل على شرط يتضمن المنع من تصرفٍ مباح شرعاً ، كشرط المنع من البيع والهبة في العوض المذكور في الصلح .

٤١٠٢ - والوجه أن يصدر الكتاب بتقسيمٍ حاوِي يجمع صحيح الصلح وفاسدَه ، ومحلَّ الوفاق والخلاف جمعاً كلياً ، فإنْ شدَّ عن التقسيم شيء ، تداركناه بفرض المسائل ، ورسم الفروع .

والصلح في البحث الأولي ينقسم إلى ما يجري بين المدعى والمدعى عليه . وإلى ما يجري بين أجنبي وبين المدعى .

فأما الصلح الذي بين المدعى والمدعى عليه قسمان<sup>(٣)</sup> : صلح مع الإقرار ، وصلح مع الإنكار . فاما الصلح مع الإقرار ، فإما أن يكون عن عين ، وإما أن يكون عن دين . فاما الصلح الواقع عن عين ، فينقسم إلى صلح معاوضة ، وإلى صلح حطيفة .

(١) يبدأ من هنا اعتماد (ت ٢) أصلاً ، بل هي النسخة الوحيدة إلى آخر كتاب الحوالة .

(٢) ر. المختصر : ٢٢٤ / ٢ . والحديث رواه البهقي في السنن (٦٥ / ٦)، وفي المعرفة (٤ / ٤٦٧) رقم ٣٦٥٩ موقوفاً على عمر . وقد ورد مرفوعاً من حديث أبي هريرة، رواه أبو داود، وابن حبان، والحاكم، والبهقي، (ر. أبو داود: الأقضية، باب في الصلح، ح ٣٥٩٤، ابن حبان:

٥٠٩١، الحاكم: ٥٠ / ٢، التلخيص: ٣ / ٩٨ ح ١٢٥٩)

(٣) كدأبه بإسقاط الفاء في جواب أما .

فأمّا صلح المعاوضة الذي يشتمل على عوض سوى العين المدعاة المعترض بها . وذلك إذا أدعى رجل على رجل داراً أو عبداً أو ثوباً ، فاعترض به ، وصدق المدعى ، ثم قال للمدعى : صالحني عن هذه العين على هذا ، وعين عوضاً ، أو وصفه وصفاً ش ١٧٧ يقنع به في المعاوضات . فإذا أسعفه المدعى ، وقال : صالحتك من<sup>(١)</sup> ثوبى الذي في يدك على كذا ، فقال المدعى عليه : قبلت ، صحت المعاملة . وهي بيع على الحقيقة ، معقودة بلفظ الصلح .

وإذا قال الفقيه : حكمه حكم البيع ، كانت عبارته مختلة ؛ فإنه بيع بنفسه ، ويتعلق به جميع أحكام البيع وقضايا الربا ، إن اشتمل على الربويات . والعهُد المألفة في البيع ، وأحكام الضمان ، والردود ، ولا مزيد ؛ فقد قطعنا بأنه بيع .

قال صاحب التلخيص : الصلح في المقام الذي نحن فيه بيع عقد بلفظ الصلح .

٤١٠٣ - ويجوز عقد الصلح بلفظ البيع إلا في شيء واحد ، وهو الصلح عن الجنایات ؛ فإن الصلح جائز عن الإبل ، وإن لم تكن على الصفات الضابطة في السلم ، ولو فرض عقد تلك المعاملة بلفظ البيع ، لم يصح .

٤١٠٤ - قال الشيخ أبو علي<sup>(٢)</sup> : هذا الذي ذكره غير صحيح . والتفصيل فيه أن الأرض إن كان مجهولاً ، كالحكومة التي لم تقدر ، فلا يصح الصلح عنه ، ولا يجوز تقدير بيته ، وإن كان الأرض معلوماً على التحقيق ، كما إذا كان دراهم أو دنانير ، صح<sup>ي ١٧٨</sup> الصلح عنه ، ويصح التصرف فيه بلفظ البيع / . وإن كان الأرض مقدراً ، ولكن كان من الإبل ، والأوصاف المرعية في الديات لا يقع الاكتفاء بها في السلم ، ففي جواز الصلح عنها وجهان ، اختار صاحب التلخيص أحدهما . فإن نحن صحّحنا الصلح ، لم يتمتنع تصحيح المعاملة بلفظ البيع أيضاً ، وإذا لم نصح الصلح ، فلا شك في امتناع البيع أيضاً . ثم قال الشيخ : إذا قلنا : موجب العمد القوْد الممحض ، فالصلح من<sup>(٣)</sup> القصاص جائز ، ولا يجوز استعمال لفظ البيع فيه .

(١) كذا ، وهي صحيحة . فـ(من) تأتي مرادفة لـ(عن) .

(٢) أي في شرح التلخيص ، راداً على صاحبه .

(٣) سبقت الإشارة أن (من) تأتي مرادفة لـ(عن) .

ثم هذا القسم الذي نحن فيه من الصلح يجوز أن يكون [العوض<sup>(١)</sup>] فيه عيناً ، ويجوز أن يكون ديناً إذا لم يكن الذي عنه الصلح مالاً رباً يقتضي العقد عليه التقادص في المجلس . ولا معنى للإطناب بعد البيان .

هذا صلح المعاوضة .

٤١٠٥ - فأما صلح الحطيفة في هذا القسم ، [فتصوирه]<sup>(٢)</sup> أن يدعى رجل على رجل عيناً من الأعيان ، فيعرف المدعي عليه بالملك للمدعي ، ثم يقول : صالحني منه على نصفه . فإذا قال : صالحتك ، كان تقدير هذا راجعاً إلى هبة بعض العين من المدعي عليه ، فإذا جرت المعاملة كذلك ، فقال المدعي : صالحتك من ثوابي هذا على نصفه / ، وقال المدعي عليه : قبلت . ففي المسألة وجهان ذكرهما الشيخ في شرح التلخيص : أحدهما - وهو الظاهر الذي قطع به مَنْ سواه - أن ذلك يصح ، ويتضمن هبة النصف من المدعي عليه ، وثبت له أحكام الهبات في جملة المعاني ، والقضايا .

والوجه الثاني - أن هذا باطل ؛ فإن الصلح متضمنه المعاوضة ، وبيع الرجل ملكه من عين بنصف العين باطل متناقض .

والسائل الأول يقول : الصلح عبارة صالحة للمعاوضة في أوانها ، وهو مشعر بالهبة في هذا المقام . والدليل عليه أن إطلاق هذا اللفظ شائع في الاستعمال ، ولا معنى له إلا ما ذكرناه . والمطلوب من الألفاظ معانيها ، وما يفهم من وضعها .

هذا كله فيه إذا كان الصلح دائراً بين المدعي والمدعي عليه من عين .

٤١٠٦ - فأما إذا كان الصلح عن دين ، فتصوирه أن يدعى رجل على رجل ديناً ، فيعرف به ، ثم يقع الصلح فيه .

والصلح في هذا القسم ينقسم إلى صلح معاوضة ، وإلى صلح حطيفة : فأما صلح المعاوضة ، فهو أن يذكر أعواضاً [عن]<sup>(٣)</sup> الدين المعترف به . ثم إن كان ذلك

(١) في الأصل : «العَرْضُ» . وهو تصحيف ظاهر ، والمثبت تصرفُه منا .

(٢) في الأصل : وتصویره .

(٣) في الأصل : «غير» ، والمثبت من تصرف المحقق .

العوض عيناً ، وسُلّمت العين في مجلس المعاوضة ، صح الصلح على شرط الشرع ، ومتضمن الصلح مقابلة عين بدين .

وإن لم يتفق تسلیم العین في مجلس الصلح ، فهل يبطل الصلح [بالتفرق]<sup>(١)</sup> ؟ فعلی وجهین مشهورین : أقیسهما أنه لا يبطل ؛ لأنه لم یَجُرّ ما يتضمن الإقباض من أصل الربا . وليس الصلح الموصوف بيعَ دین بدين ، حتى یدخل تحت نهي رسول الله صلی الله عليه وسلم عن « بیع الکالیء بالکالیء » .

والوجه الثاني - أن الصلح يفسد بالتفرق قبل إقباض العین المجعلة عوضاً ؛ [وكان]<sup>(٢)</sup> ذلك نوعاً من الإنماء المضاهي للدينية .  
وهذا الوجه وإن كان مشهوراً ، فالأصح الأول .

ولو كان العوض المذكور عن الدين المعترف به ديناً ، ثم فرضت المفارقة قبل الإقباض ، فلاشك في بطلان الصلح ؛ فإنه اشتمل على مقابلة الدين بالدين ، وهو المنهي عنه نصاً . ولو ذكر العوض موصوفاً ديناً ، ثم أحضر في المجلس سُلّم ، جاز ؛ فإن هذا لا يمتنع في عقد الصرف ، فكيف يمتنع في غيره .  
هذا كله في صلح المعاوضة عن الدين .

ش ١٧٩ - ٤١٠٧ - فأما صلح الحطيبة في الدين ، فصورته أن يقول المدعى / عليه المعترض بالألف للمدعى : صالحني عن الألف الذي لك على خمسمائة ، فإذا قال : صالحتك ، وقبل المستدعي ، أو جعلنا الاستدعاء كافياً ، ففي المسألة وجهان : أظهرهما - أن ذلك يصحُّ ، ومتضمنه الإبراء عن خمسمائة .

والوجه الثاني - حكاه الشيخ أبو علي أن ذلك باطل ، والألف باقي بكماله ؛ فإن صيغة اللفظ المعاوضة ، وهي مناقضة لمعنى الإبراء .

٤١٠٨ - فإن فرعنا على الأصح ، وهو أن ذلك إبراء ، فلو ابتدأ المدعى ، وقال : صالحتك من الألف على خمسمائة ، فهل يكفي ذلك في حصول البراءة ؟ أم لا بدّ من

(١) في الأصل : « بالإقرار ». والمثبت من عمل المحقق .

(٢) في الأصل : « كان ». [بدون واو] .

القبول يقدم عليه . إن الإبراء إذا استعمل لفظه ، نفذ ، ولا حاجة إلى قبول المبرأ عنه ، على الأصح .

وفي المسألة وجہ بعيد أنه لا بد من القبول .

فإن فرعننا على الأصح وهو أنه لا حاجة إلى القبول إذا استعمل لفظ الإبراء ، فهل يشترط القبول إذا كان المستعمل لفظ الصلح ؟ فعلى وجهين . وهذا يناظر ما لو قال مستحق الدين لمن عليه دين : وهبت مالي من الدين منك ، فهذا إذا نفذ ، معناه الإبراء . وفي اشتراط / لفظ القبول وجهان : أحدهما - لا يشترط كلفظ الإبراء . ١٨٠ ي والثاني - يشترط ؛ لأن اللفظ معناه التملיך ، فيستدعي في وضعه القبول .

٤١٠٩ - وإذا كان المدعى المعترض به عيناً ، وفرضنا صلح الحطيبة فيه ، بأن يقول المدعى : صالحتك من ثوابي هذا على نصفه ، فإذا صحيحتنا ذلك على معنى الهبة ، فلا شك في اشتراط القبول ؛ فإن الهبة في معناها تفتقر إلى القبول ، بخلاف الإبراء . وهذا واضح .

٤١١٠ - ولو كان الصلح عن دين وهو ألف مثلاً ، فأحضر المدعى عليه خمسمائة ، فقال المدعى : صالحتك من الألف على هذه الخمسمائة . والتفرع على أنه لو قال : صالحتك عن الألف على خمسمائة من غير تعين ، كان إبراءً عن الخمسمائة ، فعلى هذا إذا أشار إلى الخمسمائة المعينة ، وقال : صالحتك من الألف الذي لي عليك على هذه الخمسمائة ، فالأصح أن هذه المعاملة فاسدة ؛ والألف باقٍ ؛ فإن اللفظ الذي جاء به مع التعين صريح في عرض المعاوضة ، وبيعُ الألف بخمسمائة باطل .

وقيل : يجوز . والمقصود الإبراء عن خمسمائة / ، ثم تيك الخمسمائة المعينة ١٨٠ ش لا تتعين عند هذا الإنسان إلا باتفاق تسليمها إليه ؛ إذ لو تعينت ، لكان عوضاً .

ولا خلاف أنه لو قال : بعتك الألف الذي لي عليك بهذه الخمسمائة ، فالبيع باطل ، والألف باقٍ بكماله .

وكل ما ذكرناه فيه في الصلح الواقع من المدعى والمدعى عليه ، مع الإقرار .

٤١١١- وأمّا الصلح بينهما مع [إنكار]<sup>(١)</sup> المدعى عليه ، فلا يخلو إما أن يكون على عوضٍ غير المدعى ، وإما أن يكون على بعض المدعى .  
فإن كان الصلح بشيء غير المدعى مع الإصرار على الإنكار ، فالصلح باطل عندنا ، خلافاً لأبي حنيفة<sup>(٢)</sup> . ولا بد من تصوير محل الخلاف ، والتنبيه على تمام البيان .  
فإن قال المدعى عليه ، والمدعى ثوب ، أو ألف درهم للمدعى : صالحني عن دعواك بكذا من الدراهم ، أو بهذا الثوب ، فهذا هو الصلح على الإنكار في حقيقته .  
وهو باطل عندنا .

ولو قال المدعى عليه بعد الإنكار : صالحني بكذا ، أو بهذا ، فقال المدعى : صالحني ، فهو باطل ، وهو من صور الصلح على الإنكار .

٤١٨١ ولو قال المدعى عليه/ بعد الإنكار السابق : صالحني عن هذه الدار على كذا ، ففي المسألة وجهان : أحدهما - أن هذا صلح على الإنكار ، وهو باطل . والثاني - أنه إذا أضاف الصلح إلى العين المدعاة ، كان ذلك إقراراً منه بالملك فيها للمدعى ؛ فإن الصلح - حيث يصح - كالبيع ، وإضافة البيع إلى تلك العين إقرار بها ، فليكن إضافة الصلح إليها بهذه المثابة . والسائل الأول يقول : البيع صريح في اقتساء إثبات الملك لمن هو في منزلة البائع ، ولفظ الصلح قد يستعمل في اللبس والاختلاط ، ومحاولة الخلاص .

وما ذكرناه فيه إذا جرى الصلح مع الإنكار على غير العين المدعاة .

٤١١٢- وأمّا إذا جرى الصلح على بعض المدعى ، مع تصوير الإمكان ، فلا يخلو المدعى إما أن يكون عيناً ، وإما أن يكون ديناً ، فإن كان عيناً ، [كان]<sup>(٤)</sup> كان المدعى

(١) في الأصل : الإنكار .

(٢) ر . مختصر الطحاوي : ٩٨ ، اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى : ٤٣ ، مختصر اختلاف العلماء : ١٩٥/٤ مسألة : ١٨٨٧ .

(٣) في الأصل خلل في هذه العبارة ، باتحاح بعض الألفاظ . هكذا : .. بعد الإنكار السابق ، ولو قال صالحني عن هذه الدار . . (راجع المسألة في الروضة : ٤/١٩٨) .

(٤) في الأصل : بأن .

ثواباً ، فأنكر ، ثم قال : صالحني على نصفه ، ففي المسألة وجهان مشهوران : أحدهما - لا يجوز ذلك ويلغو<sup>(١)</sup> ، والصلح صلح إنكار ، فيقضى بفساده .

والوجه الثاني - يجوز ، ويجعل كأنه وهب منه نصف المدعى .

وفي الحقيقة إذا صالحه على النصف وسلمه إليه ، فقد / اتفقا على استحقاقه فيه ، ١٨١ ش غير أنهم اختلفوا في جهة الاستحقاق : فالمدعى يزعم أنه يستحقه بحكم الملك ، والمدعى عليه يقول : بل بحكم الهبة .

٤١١٣ - ولو كان المدعى ديناً ، فأنكره المدعى عليه ، ثم صالحه المدعى على خمسمائة<sup>(٢)</sup> ، نظر : فإن صالح على خمسمائة في الذمة ، لم يجز الصلح . وإن وقع تعينُ الخمسائة وإقباضُها ؛ فإن المدعى عليه يزعم أنه وَهَبَ من<sup>(٣)</sup> المدعى خمسائة ، وإيراد الهبة على الذمة باطل . ولو قال رجل لآخر وهبْتُ منك ألف درهم ، ثم حصله وأقبضه إيه ، لم يصح ذلك .

ولو أحضر المدعى عليه خمسائة ، فقال المدعى : صالحتك على هذه الخمسائة ، فهذا يترتب على ما قدمناه فيه إذا كان المدعى عيناً ، فإن حكمنا ببطلان الصلح في العين ، فلأن بطل الصلح في الصورة التي انتهينا إليها أولى ، وإن حكمنا بأن الصلح من العين على بعضها صحيح محمول على الهبة ، فإذا جرى الصلح من ألف على خمسائة معينة ، ففي هذا الصلح وجهان : أحدهما - أنه يصح ، وهو محمول على هبة الخمسائة الحاضرة ، وما ذكرناه في تقدير هبة بعض العين إذا كان / المدعى عيناً والصلح على بعضها . ١٨٢ ي

ومنهم من قال : لا يصح . والفرق أن الصلح من العين على بعضها ليس في معناه شَوْبٌ معاوضة ، والصلح من ألف في الذمة على خمسائة حاضرة منقودة فيه معنى المعاوضة ، فكان حرثاً بالبطلان ، مع قيام الإنكار ، ومقابلة الألف بالخمسائة .

(١) أي يقع الكلام لغواً ، لا أثر له .

(٢) أي والمدعى ألف ، كما هو مفهوم من السياق ، والأمثلة قبل .

(٣) أي وهب له ، كما هو معروف من لغة الفقهاء .

وكل ما ذكرناه في جريان الصلح بين المدعي والمدعى عليه مع الإقرار والإنكار .

٤١٤- فأما إذا جرى الصلح بين المدعي والأجنبي ، لا يخلو<sup>(١)</sup> إما أن يكون مع إقرار المدعى عليه ، وإما أن يكون مع إنكاره . فإن كان مع إقراره ، لم يخل إما أن يكون المدعي ديناً ، أو عيناً . فإن كان عيناً [كأن]<sup>(٢)</sup> أدعى عليه ثوباً ، فأقر به ، فتقدّم أجنبى إلى المدعي ليصالح ، ففي ذلك مسائل : إحداها - أن يقول : وكلني المدعي عليه لصالحك عنه له على كذا ، فيجوز هذا ، والأجنبي وكيل بالشراء .

والمسألة الثانية : أن يقول : أصالحك عنه لنفسي على كذا ، فأجابه المدعي ، والأجنبي [كأنه]<sup>(٣)</sup> يقصد [الشراء]<sup>(٤)</sup> لنفسه . قال الأصحاب : ذلك صحيح ، وقد اشتري عيناً من مالكها .

ش ١٨٢ وكان شيخي يتردّد في ذلك ترددًا يؤول إلى اللفظ . ويقول / : أولاً في غير صور المنازعة والدعوى ، إذا تقدّم رجل إلى مالك عينِ ، وقال : صالحني عن ثوبك هذا بدينارٍ ، فقال : صالحتك . فهل يكون ذلك شراءً صحيحاً ؟ فعلى وجهين : أحدهما - يصح . والثاني - لا ينعقد البيع ؛ فإن الصلح من غير تقدّم منازعةٍ غيرٍ مستعمل . ولو تقدّمت دعوى في مفصل خصومة ترتب عليها إقرارٌ ، قال المدعي عليه : صالحني على كذا ، صح ، ولو قال أجنبى للمدعي : صالحني على كذا ، وقصد أن يملك لنفسه ، وقد ثبت ملك المدعي بإقرار المدعي عليه ، ففي صحة ذلك وجهان مرتبان على ما لو جرى الصلح من غير نزاع أصلاً ، وهذه الصورة أولى بالصحة ؛ فإن لفظ الصلح ترتب على صورة دعوى وجواب ، وإن لم تتعلق الدعوى بالأجنبي<sup>(٥)</sup> المصالح .

(١) لا يخلو : بدون الفاء في جواب (أما) كدأب إمامنا .

(٢) في الأصل : كأنه .

(٣) في الأصل : كان .

(٤) مزيدة لرعاية السياق .

(٥) إلى هنا كلام الشيخ أبي محمد . وانظر : الشرح الكبير : ٢٠٤ / ١٠ بهامش المجموع .

٤١١٥ - ولو تقدم الأجنبي إلى المدعي ، وقال : أصالحك عن العين المدعى عليه بكلـا ، وما كان وكلـه المدعى عليه<sup>(١)</sup> المقر ، فأجابـه المدعى ، فلا يقع الملك للمدعى عليه المـقر ، تـقريعاً على المذهب الظاهر في منع وقف العـقود ، كما فصلـنا في كتاب البيـع . وإذا لم يـقع الملك للمـقر المـدعى عليه ، فـهل يـقع<sup>(٢)</sup> [لـأجنـبي ؟ في وقـوعـه ١٨٣ وجـهـانـ يـجريـانـ فيـ كلـ منـ اـشـتـرـىـ لـغـيرـ شـيـئـاًـ مـنـ غـيرـ توـكـيلـ ، فـلاـ يـقعـ لـغـيرـهـ ، وـفـيـ وـقـوعـهـ للـعـاقـدـ وجـهـانـ ، هـذـاـ إـذـاـ صـرـحـ بـالـإـضـافـةـ ، فـإـنـ أـضـمـرـهـاـ ، فـلـاـ خـلـافـ فيـ الـوـقـوعـ للـعـاقـدـ ، وـلـوـقـبـلـ النـكـاحـ لـمـ يـوـكـلـهـ ، لـمـ يـقـعـ لـوـاحـدـ مـنـهـماـ اـتـفـاقـاًـ .

أما إذا قال : وكلـنيـ لـأـصـالـحـ لـهـ بـثـوـبـيـ أوـ عـبـديـ ، فـفيـ وـقـوعـهـ عنـ المـوـكـلـ وجـهـانـ يـجـريـانـ فيـ التـوـكـيلـ كـذـلـكـ ، منـ غـيرـ نـزـاعـ ، فـإـنـ لـمـ نـوـقـعـهـ لـلـمـوـكـلـ ، فـفيـ وـقـوعـهـ لـلـوـكـيلـ الـوـجـهـانـ ، وـإـنـ أـوـقـعـنـاهـ لـلـمـوـكـلـ فـنـقـولـ : [٣] هلـ الشـوـبـ مـوـهـوبـ ؟ أوـ مـقـرـضـ ؟ فـعـلـىـ الـوـجـهـيـنـ السـابـقـيـنـ .ـ وـالـثـانـيـ -ـ لـاـ يـقـعـ لـلـمـدـعـىـ عـلـيـهـ ، فـعـلـىـ هـذـاـ لـاـ يـقـعـ لـلـأـجـنـبيـ الـمـصـالـحـ أـيـضاًـ ،ـ تـقـريـعاًـ عـلـىـ بـطـلـانـ شـرـاءـ الـدـيـنـ فيـ ذـمـةـ الـغـيرـ .ـ وـهـذـاـ بـخـلـافـ الـعـيـنـ ؛ـ فـإـنـ شـرـاءـ الـعـيـنـ جـائزـ .ـ هـذـاـ مـنـتـهـيـ الـكـلـامـ فيـ صـلـحـ الـأـجـنـبيـ ،ـ معـ إـقـرـارـ الـمـدـعـىـ عـلـيـهـ ،ـ عـيـنـاًـ كـانـ الـمـدـعـىـ ،ـ أـوـ دـيـنـاـ .ـ

٤١١٦ - فأـمـاـ الـصـلـحـ مـنـ الـأـجـنـبيـ مـعـ إـنـكـارـ الـمـدـعـىـ عـلـيـهـ ،ـ فـيـنـقـسـمـ إـلـىـ الـعـيـنـ وـالـدـيـنـ ،ـ فـإـنـ كـانـ فـيـ الـعـيـنـ [ـكـأنـ]<sup>(٤)</sup> أـدـعـىـ عـلـيـهـ ثـوـبـاًـ ،ـ وـأـنـكـرـ ،ـ فـجـاءـ أـجـنـبيـ لـيـصـالـحـ ،ـ فـفـيـ ذـلـكـ مـسـائـلـ :ـ إـحـدـاـهـاـ -ـ أـنـ يـقـولـ :ـ أـقـرـ الـمـدـعـىـ عـلـيـهـ عـنـدـيـ ،ـ وـوـكـلـنـيـ لـأـصـالـحـ عـنـهـ عـلـىـ مـاـ إـلـيـ ،ـ فـهـذـاـ جـائزـ ،ـ لـاـ اـمـتـنـاعـ فـيـهـ بـوـجـهـ .ـ

(١) وهذا ما يسمى شراء الفضولي . (الروضة : ٤/٢٠٠) .

(٢) هنا خرم مقداره ورقة (لقطة) كاملة يمين وشمال ، لم تصور من الأصل ، وهي ظهر الورقة ١٨٢ ، ووجه الورقة ١٨٣ . وللأسف العمل هنا عن نسخة وحيدة ، لا مجال لتدارك خرومها . والله المستعان . (هذا، وقد سعينا كلـ السعي لـدىـ الخزانـةـ التيـ تـمـلكـ أـصـلـ المـخطـوـطةـ .ـ لـتصـوـيرـ هـذـهـ الـوـرـقـةـ ،ـ فـجـاءـنـاـ الرـدـ:ـ إـنـهـ سـاقـطـةـ مـنـ الـأـصـلـ) .

وسـنـحـاـولـ أـنـ نـسـدـ هـذـاـ خـرمـ مـنـ مـخـتـصـرـ النـهـاـيـةـ لـلـعـزـ بنـ عـبـدـ السـلـامـ .

(٣) انتهى المنقول من مختصر النهاية .

(٤) في الأصل : كأنه .

وفي المسألة غائلة ، لابد من التنبية لها ، وهي أنا لو سمعنا المدعى عليه يعيد الإنكار بعد ما ادعى الأجنبي أنه وكيله ، فإعادة الإنكار منه عزل له ، فتنقطع الوكالة ، ولو لم يُعد إنكاراً بعد الإنكار الأول ، فالأمر على ما ذكرناه حينئذ .

٤١١٧ - ومن مسائل هذا القسم أن يقول الأجنبي : قد أقر المدعى عليه عندي بعد  
ش ١٨٣ إنكاره ، وأنا أصالحك عنه لنفسي على كذا ، فقد قال طوائف من / أصحابنا : يصح  
هذا العقد . فإنّا نبني صحة العقد على الصيغة الدائرة بين المتعاقدين ، وهمما  
متقارآن ، وصورة العقد مبنية على التقارب . وهؤلاء يشترطون لا محالة أن يكون  
المشتري قادرًا على انتزاع تلك العين من يد المدعى عليه . ولو قال الأجنبي : أنا قادر  
على الانتزاع من يده ، بُنِي العقد على حكم قوله في الظاهر ، وحُكم بصحته .

وكان شيخي أبو محمد يطلق القول بأن الصلح في هذه الصورة لا يصح على هذا الوجه ؛ فإن ظاهر الشرع قاض بثبوت الملك للمدعي عليه ، وابتياط ملكه المحكوم به من غير إذنه لا يصح .

[والوجه التفصيّل عندنا، بأن][<sup>(١)</sup>] يقال : إن كان الأجنبي صادقاً بينه وبين الله تعالى ، حُكْم بصحّة العقد باطناً قطعاً . ولكن . لو قيل : يُحکم<sup>(٢)</sup> بصحّة العقد ظاهراً ، على معنى أن تزال يد المدعى عليه ، من غير ثبّتٍ ، فهذا لا وجه له ، ولا سبيل إليه .

وإن قيل : هل يطالب المدعى الأجنبي المصالح بالشمن الذي التزمه بناء على قوله والتزامه ؟ فالوجه القطع بأنه يطالبه ، ويؤاخذه بحكم قوله .

ي ١٨٤ وإن كان المدعى كاذباً في علم الله تعالى ، فالعقد باطل باطنًا ، وفي / مؤاخذة الأجنبي بالظاهر بناء على قوله والتزامه - الذي ذكرناه<sup>(٣)</sup> .

وما ذكرهُ شيخي له اتجاهٌ ؛ فإن انتزاع تلك العين من يد المدعى عليه ممنوع شرعاً ،

(١) في الأصل : والوجه في التفصيل عندنا أن .

(٢) في الأصل : هل يحكم .

(٣) أي الوجهان . كما صرّح بنقله الرافعى ، في الشرح الكبير : ٣٠٥ / ١٠ بهامش المجموع .

لا يعارضه إقرار الأجنبي بالاقتدار على<sup>(١)</sup> الانتزاع .

هذا منتهى الكلام .

والوجه ما ذكرناه من التعرض للظاهر والباطن .

**٤١٨** - ومن المسائل أن يقول الأجنبي : لم يقر المدعى عليه عندي ، لكنني أعلم أنك محق ، فأصالحك لنفسي ، فهذا [بزعم]<sup>(٢)</sup> هذا الأجنبي شراء المغصوب ، والتفصيل فيه كالتفصيل ، في المسألة المقدمة<sup>(٣)</sup> .

**٤١٩** - ومن المسائل أن يقول : لم يقر المدعى عليه ، لكنني أعلم أنك محق ، فأصالحك للمدعى عليه لقطع الخصومة ، وتخليص العين للمدعى عليه ، ففي المسألة وجهان مشهوران : أظهرهما - أن ذلك ممتنع ؛ فإنه موقع الصلح لمنكري ، والمدعى عين من الأعيان .

والثاني - يصح العقد ؛ لأن الأجنبي والمدعى متقاران بينهما<sup>(٤)</sup> ، وهو يبغى تنزيه العين عن دعوى المدعى ، فكان كما لو سعى في تبرئة ذمته عن دين ، وهذا رديء جداً ، ولكنه مشهور في الحكاية .

**٤٢٠** - ومن المسائل أن يقول : أقر عندي / وأنا الآن أصالحك له ، وما وكلني ، ١٨٤ ش فلا يقع للمدعى عليه بلا خلاف ؛ فإنه يزعم أنه أقر باطنًا ، فليس متماديًا على إنكاره ، فلا بد من التوكيل من جهته ، ولكن إذا لم يقع عن المدعى عليه ، فهل يقع عن الأجنبي فعلى الوجهين المذكورين في نظائر هذا .

ولو قال الأجنبي<sup>(٥)</sup> : أعلمك مبطلاً ، ولكنني أصالح لقطع الخصومة ، فهذا

(١) بمعنى أن كون الانتزاع ممنوع منه شرعاً ، يجعله كالعجز عنه حسناً .

(٢) في الأصل : (برغم) ومعنى العبارة : « فهلهذه الصورة حكمها حكم شراء العين المغصوبة ، إذا اشتراها غير الغاصب » وانظر الشرح الكبير للرافعي : ٣٠٥ / ١٠ بهامش المجموع .

(٣) أي في قضية القدرة على الانتزاع .

(٤) « والاعتبار في شرائط العقد بمن يباشر العقد ». قاله الرافعي (ر. الشرح الكبير - بهامش المجموع - : ٣٠٥ / ١٠) .

(٥) أي للمدعى .

باطل ؛ فإن الصلح على هذه الصيغة مع المدعى عليه لا يصح ؛ لأنه على الإنكار ، [فكذلك]<sup>(١)</sup> لا يصح مع الأجنبي : وكل ما ذكرناه والمدعى عين .

٤١٢١- فأما إذا كان المدعى ديناً ، وقد أنكره المدعى عليه ، فجاء أجنبي ليصالح ، نُظر : فإن قال : أقر عندي ، ووكلني لأصالح له ، فجائز على نحو ما ذكرناه في العين ، وقد تقدم .

وإن قال : أصالح لنفسي ، فهو شراء الدين ، وتفريتنا على الحكم ببطلانه . وإن قال الأجنبي : أعلمك مبطلاً ولكني أصالحك لقطع الخصومة ، فهذا باطل ، وهو صلح على الإنكار .

وإن قال : لم يقر ، وأعلمك محقاً ، ولكني أصالح للمدعى عليه ، فالظاهر أنه ي جائز ؛ لأنه قضاء دين الغير دون إذنه ، وقضاء الدين لا يقف على إذن المقتضي / عنه ، بخلاف العين ؛ لأن تملك العين بغير إذنه وقبوله غير متوجه ، وقيل : لا يصح هذا في الدين ، وهو بعيد .

٤١٢٢- وفي هذا الفصل مزيد تفصيل يستدعي تقديم مقدمة ، هي مقصودة في نفسها : وهي أن من عليه الدين إذا قال لإنسان : أَدَّ ديني ، فإن أدى المأمور جنس الدين ، جاز . وإن أدى [عوضاً]<sup>(٢)</sup> ، ففي المسألة وجهان : أظهرهما - أنه يجوز كما لو أعطى جنس الحق . والثاني - لا يجوز ؛ لأنه يعطيه على سبيل العرض ، ومبني ما يعطيه المرء عوضاً أن يقابله [تملك]<sup>(٣)</sup> شيء من جهة باذل العرض ، وليس الأمر كذلك .

ولو ضمن رجل مالاً ، فأعطى عوضاً إلى المضمن له ، وقع الموقف وجهاً واحداً ؛ لأن الضامن التزم المال بالضمان ، فصار أصلاً في الالتزام ، مما يعطيه يعطيه

(١) في الأصل : وكذلك .

(٢) في الأصل : عرضاً .

(٣) في الأصل : مملك .

فيما عليه ، ويُسلّم له في مقابلة براءته . فإن قلنا : بظاهر المذهب في جواز بذل العوض ، أو وضعنا الكلام في الضامن الذي يملك الرجوع على المضمون عنه ، والتصوير في المأمور بأداء الدين فيه إذا كان يملك الرجوع ، وإن كان العوض المبذول قيمته مثل الدين ، رجع به . وإن كان أكثر / من الدين ، لم يرجع بالزيادة . وإن كان أقلَّ من الدين ، ففي المسألة وجهان : أحدهما - أنه يرجع بقدر قيمته اعتباراً بما غرم . والثاني - بقدر الدين ؛ اعتباراً بما سقط ، وسنقرر هذا الأصل في كتاب الضمان إن شاء الله تعالى .

٤١٢٣ - فإذا ثبتت هذه المقدمة ، فإذا جاء الأجنبي في صورة الصلح ، وقال للمدعي : أعلمك محقاً ، وأريد أن أصالح المدعى عليه ، وما أقر عندي ، وما وكلني ، فإن بذل الأجنبي جنس الدين ، فالظاهر الصحة ، وفيه الوجه الضعيف . وإن بذل عوضاً ، [والتفريع<sup>(١)</sup> على أن بذل جنس الدين صحيح ، ففي بذل العوض وصحته من الخلاف ما ذكرناه فيه إذا قال من عليه الدين : « أَدْ دِينِي » ، بذل المأمور عوضاً .

### فصل

#### يحيى مسائل من الصلح مع الإقرار ، والمدعى المقرُّ به دين

٤١٢٤ - فلو استحق الرجل ألف درهم مؤجلاً ، وصالح على ألف حالٌ ، فهذا إسقاط الأجل عن الدين . ولا يسقط الأجل عن الدين . نعم ، لو عجل من عليه الدين المؤجل الدين ، وقبله مستحق الدين ، وقع الموضع . وإنما الذي ذكرناه في أن هذا الصلح لفظ لا يوجب سقوط الأجل .

ولو كان / الألفُ حالاً ، فقال صالحٌ على ألفٍ مؤجلاً ، فهذا ليس بشيء ، وهو ١٨٦ ي على الحقيقة إلحاقي الأجل بالدين ، والأجل لا يتحقق بالدين .

(١) في الأصل : فالتفريع .

فلو صالح من ألفٍ مؤجل على خمسمائة حالٌ ، لم يجز ، لأنَّه طلب الحلول ، ورأى المقدار الذي ذكره حالاً أولى عنده من الألف المؤجل ، فكان ذلك على حقيقة المعاوضة . ومقابلةُ الألف بالخمسمائة باطل .

ولو قال : صالح من ألفٍ حالٌ على خمسمائة مؤجلة ، فمعنى الكلام الإبراء عن خمسمائة ، وإلحق الأجل بالخمسائة الباقيَة . وليس في هذا الكلام معنى المعاوضة ، وطلب مقصود يُطلب بالمعاوضة ، فالوجهُ أنْ نقول : الإبراء صحيح عن خمسائة ، وخمسائة ثابتة على حلولها ، وذِكره الأجل وعدُّ بالتأخير ، فلا يلزمَه الوفاء به .

٤١٢٥ - ولو صالح من ألفٍ صحيح على مُكسرة ، فهذا وعد جميل ، من جهة صاحب الحق ، لا يجبُ الوفاء به . نعم ، لو قبض المكسر مسامحاً ، وقع الموقَع .

ولو صالح من ألفٍ مُكسرٍ على خمسائة صحيح ، لم يصح الإبراء عن شيء ؟ فإنَّ ذلك صيغة المعاوضة ؛ إذ الصحة صفة مقصودة في الخمسائة ، فكأنَّه قابلَ الألف ش ١٨٦ المكسر بالخمسائة / الصحيح ، فيبطل العقد لا محالة .

ولو صالح من ألفٍ صحيح على خمسائة مكسرة ، فليس في هذا ثبوت المعاوضة ، فالوجه تصحيح الإبراء في الخمسائة ، والخمسائة الباقيَة على صحتها ، وذكر المكسرة وعد جميل منه .

ولو استحقَ على رجلِ ألف درهم وخمسين ديناراً ، فصالحه منها على ألفٍ درهم ، فقد قال معظم الأصحاب : يجوز ، ونجعله في أحد الألفين مستوفياً الألف الذي له ، والثاني في مقابلة الدنانير ، وهذا متوجه حسن .

قال القاضي : الصحيح عندي فساد هذه المعاملة ، وحمل الأمر على بيع ألف درهم وخمسين ديناراً ، بـألفي درهم .

والوجهُ عندي ما ذكر الأصحاب ؛ فإنَّ الألف في مقابلة الألف استيفاءً ، ولا يجوز تقدير البيع فيه ، ولو قال مستحق الألف : بعتك الألف الذي عليك بهذا

الألف الحاضر ، فالذى جاء به ليس بيعاً ، وإنما هو استيفاء . وإذا اتضح ذلك ، فالوجه حمل أحد الألفين على استيفاء ألف الذى كان ديناً ، فتتجدد المعاوضة في ألف الأخير والدنانير ، وذاك لا امتناع فيه .

### فِصْلٌ

يحتوي مسائل مقصودة / في المذهب أَلْزَمَهَا أَصْحَابُ أَبِي حَنِيفَةَ  
في تصحیح صلح الإنكار

منها :

٤١٢٦ - أن الرجل إذا طلق إحدى امرأته لابعنهما ، ومات قبل التعين ، نوقف بينهما ميراث زوجة ، فإن اصطلحتا على اقتسام الموقوف نصفين ، أو على نسبة ، فقد أجاز الأصحاب ذلك ، فاستمسك أصحاب أبي حنيفة بالمسألة<sup>(١)</sup> ، وقالوا : هما متناكرتان : كل واحدة تدعى أنها زوجته ، وأن صاحبته محرومة ، فالذى جرى من الصلح صلح مع تقرير الإصرار على التناكر .

وهذا الذي ذكروه في الإلزام باطلٌ ، واقتسام على التراضي صحيح . وما ذكروه من التناكر لا حقيقة له ؛ فإنهما لو أنصفتا ، لاعترفتا بالإشكال ؛ إذ ليست إحداهما مختصة بنوع من البيان دون صاحبتها ، فليس بينهما تناكر .

ولو فرضنا تناكراً ، فلا محمل له إلا أن تدعى كل واحدة أنها اطلعت على بيانٍ في أنها الزوجة . فإن كان كذلك ، فالصلح مع الإنكار على نعمت الحطيبة . وقد ذكرنا أن صلح الحطيبة هل يحمل على الهبة أم لا ؟ وفيه الخلاف المقدم . وإن اعترفتا بالإشكال ، فالقسمة على التراضي صحيحة .

(١) ر . بدائع الصنائع : ٤٠ / ٦ ، مختصر الطحاوى : ٩٨ ، اختلاف أبي حنيفة ، وابن أبي ليلى : ٤٣ ، رؤوس المسائل : ٣١٥ مسألة : ٢٠١ ، طريقة الخلاف : ٤٢٨ مسألة : ٢٦ ، إثارة الإنصاف في آثار الخلاف : ٣٧٢ ، وانظر أيضاً : الاصطلام : ٤ / ٣٣٦ .

فإن قيل : كيف صحّحتم المعاملة مع الجهل ؟ قلنا : إذا انحسم البیان ، وتعذر ش ١٨٧ وقف المال إلى / غير نهاية ، فالشرع يتحمل الجهالة في مثل هذه الصورة ، ولا وجه إلا احتمالها .

٤١٢٧ - ولو صالحت إحداهما الآخر على عين أخرى سوى الموقوف بينهما ، فقد قال الأصحاب هذا باطل ، مع الاعتراف بالإشكال ، فإنه استبدال مال هو ملك من بيذل ، في مقابلة ما لا يعلم كونه ملكاً له . وليس كما لو اقتسما ذلك الموقوف ؛ فإن كل واحدة تقول : إن كنت أنا الزوج ، فالحاصل في يدي ملك لي ، والباقي أيضاً ملك لي ، وإن لم أكن زوجة ، فالحاصل في يدي موهوب مني من صاحبتي ، وهذا لا يمكن اعتقاده ، وقد بُذل عوض آخر سوى الموقوف .

٤١٢٨ - ومما أَرْمَوه ما إذا أسلم الرجل عن أكثر من أربع نسوة : فكأنه خمساً ، أو ستاً ، ومات الزوج قبل البیان . فإننا نقف بينهن ميراث زوجة . ثم الكلام في الاصطلاح على حسب ما ذكرنا إلزاماً وجواباً .

٤١٢٩ - ولو ادعى رجلان داراً في يد إنسان ، كل واحد يدعى تمامها لنفسه ، فقال المدعى عليه : الدار لأحذكما ، ولم يبيّن ، ومات ، وعسر تلقي البیان منه ، فلو اصطلحَا ، واقتسمَا الدار ، صح . وهذا فيه فضلُ نظر ؛ فإنهم ما بنيا الأمرَ على ي ١٨٨ الاعتراف بالإشكال ، بل كل واحد / ادعى الانفراد بالملك في جميع الدار ، فكان هذا نظيرًا لما إذا ادّعت المرأة - وقد وقعت طلاقة مبهمة بينهما - العلم بحقيقة الحال ، فكانت كل واحدة تدعي : إنِي معينة للزوجية . وقد ذكرنا أن الصلح في هذه الصورة ، صلحٌ حطيبة على الإنكار ، فالقول في المدعين يحل هذا المثل .

## فصل

قال : «إِنْ صَالِحْ رَجُلْ أَخَاهْ مِنْ مُورُوثَهْ . . . إِلَى آخِرِهِ»<sup>(١)</sup> .

٤١٣٠ - إذا صالح واحد من الورثة الباقين<sup>(٢)</sup> عن حصةٍ من التركة ، وهي أعيان ، فهذا [منه]<sup>(٣)</sup> بيعُ حصته بعوض ، فحكمه حكمُ البيع في كل معنى ، فقد يدخل فيه أحكام الصرف ، وتفريق الصفقة ، والقطع بالبطلان في المجهول ، والعبد الآبق . ولا حاجة إلى البيان في الواضحات .

٤١٣١ - ولو كانت التركة بين اثنين مثلاً ، وكانت عشرة دنانير ، وأقمشة ، فصالح أحدهما صاحبَه على عشرة ، نقل القاضي عن الأصحاب جواز ذلك ، وحكي عنهم أن ذلك استيفاءً لحصته من الدنانير ، واعتراضٌ فيما زاد على حصته من الدنانير عن حصته من الأقمشة .

ثم قال القاضي : والذي عندي أنه لا يجوز ، فإنه مقابلة دنانير بدنانير .

وهذا الذي ذكروه<sup>(٤)</sup> كلام مختلط . والوجهُ أن / يقال : إن أحضر الدنانير سوئ ١٨٨ ش دنانير التركة ، فالبيع باطل قطعاً ، ولا يجوز تقدير خلافٍ في هذه الصورة من الأصحاب . وإن سُلمت الدنانير التي في التركة إلى أحد الوارثين ، واكتفى بها ، فالوجه القطع بجوازها ؛ فإنه يكون مستوفياً لحقه من العشرة ، وأخذ [باقي]<sup>(٥)</sup> العشرة عوضاً عن حصته من الأقمشة ، لا وجه غير هذا .

والذي قدمناه منه<sup>(٦)</sup> إذا كان على رجل ألف درهم ديناً وخمسون ديناراً وبذل ألفي

(١) ر . المختصر : ٢٢٤ / ٢ .

(٢) «الباقي» مفعول الفعل «صالح» .

(٣) في الأصل : منع . وهو تصحيف عجيب ، لا يتفق مع السياق .

(٤) انظر المسألة في فتح العزيز : ١٠ / ٣٠٠ بهامش المجموع .

(٥) في الأصل : الباقي .

(٦) يشير إلى ما ذكره في آخر الفصل قبل هذا بفصل .

درهم عما عليه ، فتقدير المぬ من هذه الصورة فيه إخالة على البعد ؛ من جهة أن الألفين المنقودين عين ، والذي في ذمة باذلهمما دين ، أما العشرة هاهنا إذا قبضها ، فقدر حقه يقع استيفاء ، فتجدد باقي العشرة في مقابلة الأقمشة .

### فِصْنَلْكٌ

قال : « ولو أشرع جناحاً على طريق نافذة... إلى آخره »<sup>(١)</sup> .

٤١٣٢- إشراع الجناح والسباط<sup>(٢)</sup> فيه مسائل :

إحداها - أن يُشرعه في ملك الغير من غير إذنه ، فهو ممتنع منقوضٌ على المُشرع ؛ فإن هواء الملك حق المالك ، ولو أراد المصالحة عن ذلك الهواء بمالٍ يبذلها ، لم يجز ذلك ؛ فإن العوض مالٌ ، فلا يجوز بذله إلا في مقابلة مال .

٤١٣٣- / الثانية - أن يُشرع في الشارع ، وهو المسلك النافذ الذي يشتراك فيه الطارقون ، فالمراعي في المぬ والجواز تضرر السالكين ، وانتفاء ذلك ، فإن كانوا يتضررون ، امتنع الإشراع ، وإن كانوا لا يتضررون لا يمتنع ، ولا يتوقف على أمر من إليه الأمر ، ولا مخاصمة لآحاد الناس فيه عندنا . وأبو حنيفة<sup>(٣)</sup> يعتبر في المぬ مخصوصةً من يخاصم من آحاد المسلمين .

إذا ثبت أن أصل الضرر هو المعتبر عندنا ، فلا يخصص الضرر بالمشاة المارين ، بل لو كان [يتضرر<sup>(٤)</sup>] الركبان بالجناح المشرع ، مُぬ ، حتى قال الأصحاب : ينبغي أن يكون الجناح بحيث لا يصطرك به [كنيسة]<sup>(٥)</sup> على بغير ، ولا نظر إلى أن هذا قد

(١) ر . المختصر : ٢٢٤ / ٢ .

(٢) السبات : سقية تحتها ممرٌّ نافذ . والجمع : سوابيط ، وسباطات . ( معجم ) .

(٣) ر . مختصر الطحاوي : ١٠٠ ، البدائع : ٢٦٥ / ٦ ، حاشية ابن عابدين : ٣٨٠ / ٥ . هذا وقول الصاحبين موافق للشافعي ، قال الطحاوي في مختصره : وبقولهما نأخذ .

(٤) في الأصل : متضرر .

(٥) في الأصل : كنيسته . والكنيسة هنا كالهودج : يغزو المحمل ، أو الرجل قضبان ، ويلقى عليه ثوب يستظل به الراكب ، ويستتر به ، والجمع : كنائس ، وزان : كريمة وكرائم . ( مصبح ) .

يندر ؛ فإنه لا ضبط لأحوال المارة ، واطراد الرفاق مع الحمولات ، والكنائس ، وغيرها ، وقد يتفق ذلك ليلاً ونهاراً ، فالوجه اعتبار الأقصى في الباب .

وحكى العراقيون وغيرهم عن بعض الأصحاب أن الجناح ينبغي أن يكون بحيث لا يناله رأس رمح منصوب من راكب ، وهذا عزاه العراقيون إلى أبي عبيد<sup>(١)</sup> بن حربُويه ، ثم زيف الأصحاب ذلك ، [وفيه زحف]<sup>(٢)</sup> ، وعدوه سرفاً في تصوير / ١٨٩ ش الصور ؛ فإن إضجاع الرمح يسير غير عسير ، فينبغي أن يكون ضبط الضرر بما يتيسر تغييره على الطارقين ، لمكان الأجنحة ، كالكنائس ، والحمولات .

٤١٣٤ - وممّا يتعلّق بأحكام الشوارع في الفن الذي نحن فيه : أن طائفة من أصحابنا قالوا : لو بني الإنسان دكّة على باب داره ، أو غرس أشجاراً ، فإن كان يتضرر به المارة ، مُنْعِ منه ، وإن كان لا يتضرر به المارة ، فلا منع . ثم قال هؤلاء : لا يختص بناء الدكّة ، وغرس الأشجار بفناء الملك ، بل لو تباعد عن داره ، [ويني]<sup>(٣)</sup> دكّة بقرب دار الغير ، أو غرس أشجاراً لا يتضرر بها المارة ، فلا يمتنع منه . هذان مسلك لبعض أصحابنا ، وإليه ميل القاضي فيما نقل الأثبات عنه .

وكان شيخي يقول: لا يسوغ غرس الأشجار في الشوارع؛ فإن مكانه مستحق للطريق ، وفي شغله بالغراس منع للطريق .

والدَّكَةُ المرتفعة في معنى الغراس ، ولا نظر إلى اتساع الطريق وتضاييقها ، مع ما حققناه ؛ فإن الرفاق قد تصطدم ، وقد يفرض طروق عسکرٍ ، أو أسرابٍ من البهائم . والذين ذكروا في الأجنحة توقع اصطكاك الحمولات والكنائس ، لم / يفصلوا ١٩٠ يـ بين اتساع الطرق وتضاييقها .

(١) أبو عبيد بن حرب : علي بن الحسين بن حرب ، بن عيسى البغدادي ، القاضي ، ت ١٩٣ هـ . بغداد .

(٢) ما بين المعقوفين غير مفهوم المعنى . والعبارة مستقيمة على أية حال ، بدون الوقوف عنده.

(٣) في الأصل : وفني .

ومن أشخاص دكاناً أو غرس أشجاراً ، فقد جمع بين شغل بقعةٍ من الشارع ، وبين شغل هواء الشارع ، فكان البناء والغراس أولى بالمنع ، [من]<sup>(١)</sup> الجناح المختص بشغل الهواء .

وإنما لم ينظر المحققون إلى اتساع الطرق ؛ من جهة أن الرفاق قد تطرق ليلاً ، ويعسر عليها مراقبة الأجنحة ، وهذا يتحقق في الغراس والدكة .

١٣٥ - والذي يتحتم على من يسوّغ بناء الدكة وإثبات الغراس أن يفصل في الجناح بين اتساع الطريق وضيقها ، وهذا لم نذكره إلزاماً<sup>(٢)</sup> ، وإنما هو قولٌ لابد منه في التفريع على هذا الوجه .

وفي البناء والغراس مزيδُ أميرٍ ، وهو أنه قد يتبع على طول الزمان محلُ البناء والغراس بالأملاك ، وينقطع أثر استحقاق الطرق ، وقد لا يتحقق ذلك في الأجنحة ، ولا يتحقق شفاء الغليل في هذا الفصل إلا بذكر ماهية الشرع في أصل الوضع<sup>(٣)</sup> ، وسنصف ذلك في آخر الفصل ، إن شاء الله تعالى .

وقد نجز القول في إشراعِ في ملك الغير ، وفي الشارع المشترك بين الكافة .

١٩٠ ش ١٣٦ - ونحن نذكر الآن التفصيل في إشراع الأجنحة / في السكة [المنسدة]<sup>(٤)</sup> الأسفل ، فإذا أراد واحدٌ من أهل السكة أن يشرع جناحاً ، فاشتغل به هواء السكة ، فقد قال الأصحاب : إن الذين دون أسفل من موضع الجناح إلى أسفل السكة [لهم]<sup>(٥)</sup> المنع من البناء ، والنقض بعده ؛ فإنهم في محاولة النفوذ من رأس السكة [يطرقون]<sup>(٦)</sup> ما يسامت الجناح من عَرْضة السكة ، فاما الذين دارهم أعلى من مكان الجناح ، فقد

(١) في الأصل : والجناح .

(٢) إلزاماً : أي يلزم من قولهم ، نلزمهم به . والإلزام من مصطلحات علمي الجدل والمناظرة .

(٣) ماهية الشرع في أصل الوضع : أي حقيقة جعل الشارع شارعاً .

(٤) في الأصل : المفسدة .

(٥) في الأصل : فلهم .

(٦) في الأصل : يطوفون .

اختلاف أصحابنا فيما : فذهب ذاهبون إلى أنهم لا يعترون ؛ فإنهم في النفوذ من السكة لا [يطرقون]<sup>(١)</sup> مكان الجناح ، فلا اعتراض .

وقال آخرون : لهم الاعتراض ؛ فإن السكة في حكم عرصة مشتركة بين سُكَان السكة ، فيثبت حق الاعتراض للجميع ، ولمن تعلو داره حق الاعتراض في جميع السكة . وغاية هذا الفصل تبين بذكرنا حقيقة المذهب في آخر الفصل ، إن شاء الله تعالى .

ولو صالح أهل السكة مُشرع الجناح ، لم يجز ، لما قدمناه من امتناع المصالحة على الهواء المجرد . فهذا الذي ذكرناه الطريقة المشهورة للأصحاب ، وفاماً وخلافاً .

٤١٣٧ - وقال العراقيون يجوز إشراط الجناح في السكة / [المنسدة]<sup>(٢)</sup> ، حيث ١٩١٥ يجوز إشعاعها في الشوارع ، وإنما قال العراقيون ذلك فيمن له بابٌ نافذ في السكة ، فأما من لا ممر له ، وإنما جداره على السكة ، فليس له أن يُشرع الجناح في السكة المنسدة .

وهذا نقلته من طرق معتمدة لهم على ثبت . فالمرعي عند هؤلاء الضرر وانتفاوه ، كما تقدم في الشارع العام ، وهذا لا تعرفه المراواة أصلاً ، ولعل العراقيين لم يثبتوا في عرصة السكة حقيقة الملك لأهل السكة ، وإنما أثبتوا فيها حق الطرق ، ولكنه مختص بسكان السكة . والطرق في الشارع العام لا اختصاص فيه .

٤١٣٨ - وممّا يتعلق بهذه التصرفات فتح الأبواب و[الكَوَاتِ]<sup>(٣)</sup> والمنافذ ، فأماماً فتح الأبواب في الشوارع العامة ، فلا منع منه ؛ فإن الذي يفتحها يتصرف في جدار نفسه بالرفع ، وذلك إليه ، وإذا رفع مقداراً منه ، استحال منعه . ثم حق الطرق بعد الفتح ثابت ؛ فإنه حق عام للناس كافة .

(١) في الأصل : يطوفون .

(٢) في الأصل : المفسدة ، وقد تكرر ذلك بلا عدد . وهو وهم عجيب .

(٣) الكَوَات جمع كَوَة : الثقبة في الحائط . وهي بفتح الكاف ، فتجمع على كَوَات ، مثل : حية وحيات ، وتكون بضم الكاف ، فتجمع على كَوَى ، مثل : مُدْيَة ، ومُدْيَى (مصباح) .

فاما فتح باب جديد في السكة المنسدة ، ففيه تردد يستدعي مزيد ثبت .

ش ١٩١ قال بعض المحققين : / لو أراد من له باب في السكة المنسدة أن يفتح باباً آخر في السكة على جداره المملوك ، نُظر ، فإن كان يفتح دون باب داره ، فللذين دورهم أسفل المنع ، وهل للذين دورهم أعلى من داره المنع ؟ فعلى الوجهين المذكورين في الجناح . وإن كان يفتح الباب الجديد فوق بابه المعهود ، فليس للذين دورهم أسفل المنع أصلأ ، وهل للذين دورهم أعلى من ذلك الباب المفتوح أو هم في مقابلة ذلك الباب المنع ؟ فعلى وجهين . أما ذكر الوجهين في الذين بهم أعلى من الباب المفتوح ، فهو على القياس المقدم في الجناح ، وليس تفصيلاً محدثاً ، وأماماً القطع بأن الذين هم أسفل من بابه المعهود لا يعتضون وجهاً واحداً ، فهذا إحداث حكم لم ذكره في الجناح .

وكان شيخي يذكر في الذين هم أسفل وجهين إذا كان الفتح أعلى من الباب المعهود ، كما ذكرنا وجهين في الذين هم فوق الجناح المشروع ، ويقول : من أصحابنا من لا يخصص المنع ببعض السكان دون بعض ، طرداً للقياس .

ي ١٩٢ ثم الذي يتخيّل في المنع / من إحداث باب جديد ازدحام الناس عليه ، أو وقوف دابة بالقرب منه ، وهذا في حق الأعلى والأسفل على وتيرة . فهذا ما قيل فيه .

٤١٣٩ - ووراء ذلك فكر لا بد من الإحاطة به ، وهو أنه إن سد الباب القديم ، وأحدث فوقه باباً مما يلي الدرج ، فلا يتجه أصلأ حق المنع لمن هو أسفل ، ولا لمن هو أعلى .

وإن فتح باباً جديداً ، ولم يسد الباب القديم ، فقد يتجه حق المنع للمسفلين ، فإن هذا إحداث فتح ، وهو مظنة [الشغل]<sup>(١)</sup> مع استدامة [الأول]<sup>(٢)</sup> ، فالذين هم أعلى ، فالأمر فيهم على التردد كما ذكرناه في السَّبَاطِ ، والظاهر أن الذي يقابل الفتح الجديد يثبت له حق الاعتراض ؛ لأن الضرر الذي أومأنا إليه يناله ، وهذا مما يجب القطع به .

(١) في الأصل : السفل .

(٢) في الأصل : الأولى .

ولو كان الباب المقابل بين بابي هذا الفاتح القديم والحديث ، فلا وجه إلا القطع بثبوت الاعتراض ؛ فإن مرر على الباب المستحدث ، وليس بابه أسفل من الباب القديم ؛ حتى يقال : هذا الباب الحديث في معنى الباب القديم ، بل هو في حقه إحداث مر لم يكن له . والسر في هذا مبين في آخر الفصل .

٤٤٠ - والذي نذكره الآن نقل / مقالات الأصحاب ، مع التحقيق الذي يليق به : ١٩٢ ش فأما فتح الكواكب والمنافذ لجلب الضوء من غير إشعاع في الهواء ، فلا منع منه أصلاً .

ولو فتح باباً جديداً وزعم : إنني أريد الاستضاعة ، ولست أطرق منه ، وطلب أن يقيمه مقام كوة يفتحها ، فقد اضطراب أصحابنا في ذلك : فمنهم من قال : لا سبيل إلى منعه ، وكذلك لو أراد رفع جميع جداره ، لم يمنع .

ومنهم من قال : يمنع ؛ فإن الباب شاهد على حق المرور من محل الفتح ، فليمنع من هذا ، وليس كالفتحة العالية ، التي لا يتوقع النفوذ منها .

٤٤١ - ولو كان للإنسان داراً بابها لافظ في سكة منسدة ، وكانت تلي الشارع ، ففتح لها باباً في الشارع ، جاز ذلك . ولو كان بابها لافظاً في الشارع ، وكان جدار منها يلي سكة منسدة الأسفل ، لم يجز له أن يفتح باباً في تلك السكة إلا برضاء أهلها ، فإذا رضوا ، كان ذلك إعارة منهم [للمرور]<sup>(١)</sup> من السكة ، ومهما أرادوا الرجوع ، رجعوا في العارية ، ولا يتزمون إذا رجعوا شيئاً ، بخلاف ما إذا أغار مالك الأرض ممن بنى عليها ؛ فإن الرجوع وإن كان جائزأ ، فقلع البناء مجاناً لا يجوز ، على ما سيأتي ١٩٣ ي مشروعأ ، إن شاء الله تعالى .

٤٤٢ - ولو كانت له داران باب أحدهما لافظ في الشارع ، وباب الثانية نافذ في سكة غير نافذة ، فأراد أن يفتح باباً من إحدى الدارين في الأخرى ، ليصيرا واحدة ، فهل لأهل السكة المنع ؟ فعل وجهين : أقيسهما - أنه لا يمنع ؛ لأن حق الاستطراف في السكة مستحق له ، ومنعه من فتح ملكه في ملكه لا وجه له .

(١) في الأصل : للمرء .

ومن أصحابنا من جوز لأهل السكة المنسدة أن يمنعوه ، والسبب فيه عند هؤلاء أنه أثبت للدار التي تلي الشارع ممراً في هذه السكة لم يكن ، وربما يسد باب الشارع ، فيرجع الممرُّ من تلك الدار إلى هذه السكة .

٤٤٣ - ولو كانت له داران بينهما جدارٌ ، وباب أحدهما لافظٌ في سكّة ، وبابٌ الثانية نافذٌ في أخرى ، والسكناتان منسدتان ، فأراد فتح بابٍ بين الدارين ، فهل لأهل السكتين المنعُ ؟ فعلى الوجهين المتقدمين .

فهذا منتهى القول في المسائل التي ذكرها الأصحابُ في هذا الصنف .

٤٤٤ - ونحن نختتم الفصلَ الآن بتحقيق القول في أصل الشارع العام ، ثم نذكر ش ١٩٣ الآن حقيقةَ القول في / السكة المنسدة .

أما الشارع فالذى نبتدئ به : أنا إذا ألفينا جادَّةً معبدةً ، ومسلكاً مشروعاً نافذاً ، تبينا حكم استحقاق الاستطراف بظاهر الحال ، ولم نلتفت إلى المبدأ الذي عليه ابتنى مصير تلك البقعة [شارعاً<sup>(١)</sup>] ، وهذا لا خفاء به . ثم حكم الشارع ما قدمناه في مسائل الفصل .

وفي أحکام تتعلق بالمقاعد في الأسواق ، يحويها بابٌ من كتاب إحياء الموات . وغرضنا وراء ذلك أن من جعل ملكاً من الأملاك شارعاً ، وصرفه إلى هذه الجهة ، صار الملك سبيلاً مسبلاً<sup>(٢)</sup> على السابلة<sup>(٣)</sup> ، وكان ذلك جهةً في ثبوت الشارع .

٤٤٥ - ولو أحيَا جماعةٌ قريةً أو بلدة ، وملكوا البقاع بطرق الإحياء ، وفتحوا أبواب المساكن إلى صوب ، وتركوا مسلكاً بين دورهم ، ومساكنهم ، وبساتينهم ، نافذاً ، فتصير تلك البقعة شارعاً ؛ فإنهم لا يستغنون عن النفوذ في مساكنهم إلى البقاع ، وكذلك يحتاجون إلى نفوذ الناس إليهم .

(١) في الأصل : شارعة .

(٢) مسبلاً : أي مباحاً ، متبرعاً به ، من قولك : سبّلتُ الثمرة : إذا جعلتها في سبل الخير ، وأنواع البر . (مصباح) .

(٣) السابلة : الجماعة المختلفة المتحركون في الطريق لقضاء حوائجهم . (مصباح ، ومعجم) .

وهذا من لطيف ما يتعين تأمله ، فالموات لا ينتقل عن حُكم الإباحة من غير ظهور آثار حكم الإحياء فيه ، وفي الآثار تفاصيل / ستأتي في كتابها ، إن شاء الله تعالى . ١٩٤

والشارع قد لا يحتاج فيه إلى إثبات أثر ، ولكن احتفاف الدور واصطفافها ، على شقي بقعة من الموات ، مع تهيئه المنفذ إليها يهيها ، وينزل منزلة التأثير في الموات باتخاذها مزارع ، أو زرائب ، أو دوراً ، ولا حاجة في ذلك إلى لفظ ونطقي ، ولا حاجة إلى تقدم في الموات ، ثم رده إلى جهة الاستطراف ، وليس [الشارع]<sup>(١)</sup> من حقوق الأملالك ؛ فإن الناس فيه شَرَع<sup>(٢)</sup> . فلم يلتحق بالحقوق المختصة كالدَّمَن<sup>(٣)</sup> ، ومطارح التراب ، وغيرها ؛ فإذاً اتجه مصير الموات شارعاً بجهتين : إحداهما - صرف الملك إليه . والثاني - ما ذكرناه من تشكيل الأملالك على شكل ، يقتضي مصير الموات شارعاً .

٤١٤٦ - وكل موات في علم الله تعالى - فهو شارع للخلق ، على أنه لا منع من الاستطراف ، ولكن لا يمتنع إحياؤه ، حتى لو لم يفرض ما قدمناه من تهيئه الشوارع . وكان بعض الناس يطردون الموات ، فلا يمنع إحياؤه ، والتحويط عليه ، وصرف الممر منه .

وكان شيخي يقول : « هذا إذا لم يصر موضع من المواقع جادةً متناً<sup>(٤)</sup> ، يطرقها الرفاق / ، فإن ظهرت جادةً موصوفة [بهذه الصفة]<sup>(٥)</sup> ، وإن لم تحتف بها أملالك ذات<sup>(٦)</sup> ش منافذ ، فلا يجوز تغييره ، وصرف الممر عنه » . فإن<sup>(٧)</sup> كان هذا يعد إحياءً ، فهو بدع لا نظير له ؛ إذ ليس يدرى فيه مبتدئ عن قصد ، وممهد ، ولا يتعين فيه قصد قاصد ، ولكن إذا أُلْفِي ، أُفْرِزَ . فليفصل الفاصل بين الممر المعروف وبين مسلك

(١) في الأصل : التنازع .

(٢) شَرَعْ : أي متساوون .

(٣) الدَّمَنْ : جمع دمنة ، والدمنة موضع الدمن : والدمن هو ما يتلبد من السرجين ، وفضلات الدواب . (مصباح) .

(٤) متناً : المتن من الأرض ، ما ارتفع وصلب . (معجم) . والمراد هنا أن يصير الموات شارعاً معيّناً مهياً يطرقه الناس ويتعادونه ، فلا يجوز عندئذ صرف الناس عنه بحججة الرغبة في إحيائه .

(٥) زيادة من المحقق ، اقتضاها السياق .

(٦) هذا تعليق الإمام على كلام شيخه . رضي الله عنهمَا .

التعاسيف<sup>(١)</sup> . وكان يتردد<sup>(٢)</sup> في بُنيات<sup>(٣)</sup> الطرق إذا لم تكن جادة<sup>(٤)</sup> ، وكانت مسالك يعرفها الخواص في كل بقعة .

فهذا منتهى القول في الشارع العام .

٤٤٧- فأما السكة المنسدة ، فلا شك في اختصاص عرصتها لأصحاب الدور التي لها أبواب إليها ، ولو أراد أهلها أن يسدوا الدرج ، حتى لا يدخلها داخل ، كان لهم ذلك . وجواز دخول السكة المنسدة إذا صودفت أبوابها مفتوحة ، من قبيل الإباحات المستفادة من قرائن الأحوال ، على ما سيأتي تفصيل أصنافها ، ومواضعها ، إن شاء الله تعالى .

فأطلق الأئمة أقوالهم بأن عَرْصَة السكة مملوكة لأهلها ، ولم يختلفوا في أنهم لو أرادوا أن يلحوظوها بعرصات دورهم ، ويوسّعوا بها رباعهم / ، كان لهم ذلك . وكذلك لو رجعت الدور ملكاً لواحد ، فله رفع السكة وردها إلى رقعة الدور ، ثم يفتح باباً أو أبواباً إلى الشارع العام .

وقال المشايخ : لو أراد من يسكن في أسفل السكة أن يدخلوا ذلك القدر من السكة في أملاكهم ، فهل للذين يسكنون أعلى السكة حق الاعتراض ؟ فعلى الوجهين المذكورين في الأجنحة وما في معانيها .

فتحصل من كلام المشايخ أن السكة المنسدة مملوكة . وكان شيخي يطلق القول بجواز بيعها ، وطريق تملكها على الاختصاص كطريق ثبوت الشارع العام ، غير أنها أثبتت على هيئة الاختصاص ، فمُلِكَت كذلك .

وقد نجز المقصود من تفصيل الفصل أولاً ، وتأصيله آخرأ .

(١) التعاسيف : يراد بها هنا : الطرق غير الممهدة ، غير المستقيمة ، وهي عكس الجادة ، ومنه قولهم : يركب التعاسيف ، واعتسف الطريق : إذا سار على غير هدى ، في طرق غير مستقيمة ، ولا واضحة . (معجم) .

(٢) أي شيخه ، الشيخ أبو محمد كان يتردد ولا يقطع الحكم في الطرق المترفة غير الممهدة .

(٣) بُنيات الطرق : أي الطرق الصغيرة التي تتفرع من الجادة (معجم) .

(٤) أي لم تكن مرتفعة صلبة ، والمراد كاملة التمهيد (معجم) .

## فِصْلٌ ثالثٌ

قال : « ولو أن رجلين ادعيا داراً في يد رجل ، ف قالا : ورثناها من أبينا . . . إلى آخره »<sup>(١)</sup> .

٤٤٨- إذا أدعى رجلان داراً في يد رجل . و قالا : ورثناها من أبينا ، ولم يذكرا أنهما قبضا تلك الدار ، فإذا أقر المدعى عليه لأحدهما بنصف الدار ، فقد نص الشافعي رضي الله عنه على أن ذلك النصف مشترك / بين المدعين ؛ فإنهما ادعيا من جهة ١٩٥ ش الإرث ، و حكم الإرث الشيعي ؛ فإذا تخلص بسبب الإقرار نصف الدار عن يد المدعى عليه ، فهو ميراث أبيهما بينهما بزعمهما .

ولو قالا : ورثناها ، وكانت في أيدينا ، فغصبها منا ، فإذا أقر المدعى عليه لأحدهما بنصف الدار ، فقد اختلف أصحابنا فيه : فذهب الأثرون إلى أن ذلك النصف مشترك بين المدعين في هذه الصورة ، كما ذكرناه في الصورة المتقدمة ، ولا أثر لادعاء تقدم اليد ، ونسبة المدعى عليه [إلى]<sup>(٢)</sup> الغصب .

وذكر صاحب التقريب وال العراقيون ، وجها آخر أنه يختص بالنصف المقرر له ، ولا يشاركه صاحبه ؛ فإن الغصب الذي ادعياه ، يُشعر بنوع اختصاص ، كأن كل واحد منهما أدعى أنه غُصب منه النصف ، ومن صاحبه النصف الآخر ، فإذا سلم لأحدهما [نسبته]<sup>(٣)</sup> إلى نفسه ، لم يشارك فيه . وهذا بعيد ؛ فإن دعوى الغصب لا تقدح في شيع الإرث ، ولا تتضمن اختصاصاً معقولاً .

هذا قولنا إذا ادعيا الإرث .

٤٤٩- فلو أدعيا الدار عن جهتين ، فقال أحدهما : النصف لي اشتريته منك / ، ١٩٦ ي وقال الآخر : النصف لي وهبته ، فإذا أقر لأحدهما بنصف الدار مطلقاً ، ولم يتعرض لتصديقه في الجهة التي ذكرناها ، فالنصف الذي يثبت له بالإقرار ، لا يشاركه فيه الآخر

(١) ر. المختصر : ٢٢٤ / ٢ .

(٢) زيادة اقتضاها السياق .

(٣) في الأصل : نسبة .

وفاقاً ؛ فإن السبب متميز عن السبب ، ولا يمتنع ثبوت أحدهما دون الآخر ، ويمتنع ثبوت الإرث لأحد الاثنين دون الثاني .

هذا إذا [نسبا][١) دعوتيهما إلى جهتين مختلفتين .

٤٥٠ - فأما إذا [نسباهما][٢) إلى جهة واحدة ، غير الإرث : مثل أن يقولا : الدار لنا ، اشتريناها ، أو اتهمناها ، فأقر المدعى عليه لأحدهما بالملك المطلق في النصف ، فقد اختلف جوابُ أئمتنا : فقال بعضهم : هذا النصف مشترك بينهما كما لو أدعياه إرثاً ، وهو اختيار القاضي ، وجماعة من المحققين .

وذهب بعضهم إلى أنه يختص بالنصف المقر له به ، بخلاف جهة الإرث . وقد ذكره شيخي ، والصيدلاني ، وبعض المصنفين .

ووجهه في القياس أن الشراء يتميز عن الشراء ، وإن جمعهما اسم واحد ، فكان الشراء في حقهما كجهتين . وقد [جلبنا][٣) الوفاق . والذي يتحقق ذلك أنه لو جرى ش ١٩٦ شراؤهما في التصفيين بدفعتين ، وقعت الدعوى / منهما كذلك ، ولا يجوز أن يتخيّل خلاف في هذه الصورة ، بل الوجه القطع بأنه إذا أقر لأحدهما ، لم يشاركه الآخر ؛ فإن الشراء يتميز عن الشراء تميّز الشراء عن الهبة ، والتميّز هو المعتبر ، لا صورة الاختلاف والتماثل .

وإذا ثبت لهذا شراء رجلين في صفقة من رجل في ظاهر مذهبنا محمول على تفريق الصفقة وتعددها ، وإذا ثبت ما ذكرناه ، ترتيب عليه أنهما إذا أدعيا أنهما اشتريا معاً ، فالأمر على الخلاف الذي ذكرناه ، وإن أدعى كل واحدٍ منهما انفراده بالعقد ، في النصف الذي يدعى ، فلا مشاركة ، إذا فرض إقرار لأحدهما .

وإذا أدعى الشراء مطلقاً ، فهو متعدد بين تعدد الشراء واتحاده ، فإذا أقر لأحدهما

(١) في الأصل : نسبنا .

(٢) في الأصل : نسبنا .

(٣) في الأصل : (حلب) بالحاء المهملة ، وبدون نقط ما بعد اللام . وعسى تقديرنا يكون صواباً . (انظر صورتها).

روجع ، فإن ادعى الانفراد بالشراء ، انفرد بالمقر به . وإن ادعى وقوع الشراء معاً ، فهو على الخلاف .

٤١٥١ - ثم قال الشافعي إذا أدعى الدار عن جهة الإرث ، فأقر لأحدهما بالملك ، وثبت أن صاحبه مشاركه في ذلك النصف ، فلو صالح المقر له من النصف المقر به ، على مالٍ ، فظاهر النص يشير إلى صحة الصلح ، وكُونُ العوض ثابتاً على الاشتراك . ١٩٧ ي والوجه المبتوط في ترتيب المذهب أن يقال : إذا ثبت كون ذلك النصف مشتركاً ، فإن جرى الصلح بإذن الشريك ، صحي . وإن جرى من غير إذنه ، فالصلح باطل في حصة شريكه ، وهل يبطل في حصة المقر له ؟ فعلى قولي تفريق الصفة .  
هذا قياس المذهب .

٤١٥٢ - وذكر طوائف من أصحابنا وجهاً آخر في صحة الصلح ، في جميع النصف ، وهو ظاهر النص في (السوداد)<sup>(١)</sup> ولست أعرف لهذا وجهاً . وكل ما تُكلف ذكره في التصحيف يتضمن استبداد المقر له بالنصف وثمنه ، وأقصى ما قيل فيه : إن كان يعرف حكم المسألة يترتب لصاحبها بحصته في النصف المقر به ، وإن كان لا يعرفه ، فهو كذلك . ومنْ ظن ملك الغير ملک نفسه ، لم ينفذ بهذا السبب بيعه فيه .

**فَيَّرَعُ :** ٤١٥٣ - قال صاحب التقريب : إذا باع اثنان عبداً مشتركاً بينهما ، بثمن معلوم ، فهل لأحدهما الانفراد بقبض حصته من الثمن ؟ ولو قبض شيئاً من الثمن ، فهل يشاركه فيه صاحبه ؟ فعلى وجهين : أحدهما - ليس له أن يشاركه ، وله الانفراد بقبض حصته ، ووجه ذلك / في القياس بين . والوجه الثاني - أنه لا ينفرد ، وما يجري ١٩٧ ش القبض فيه مشترك ، كما لو [كاتباً]<sup>(٢)</sup> عبداً ، فأراد أحدهما الانفراد بقبض حصته من النجوم ، لم يكن له ذلك ، كما سندكره في كتاب الكتابة ، إن شاء الله تعالى .  
والسائل الأول يقول : ليست الكتابة كالبيع ؛ إذ يتصور من أحد الشريكين بيع

(١) السواد : المراد به مختصر المزني ، كما تكرر ذلك . وانظر النص في : ٢٢٤/٢ .

(٢) في الأصل : كاتب .

نصيبه ، وإن لم يبع الثاني ، وليس لأحد السيدين أن يكاتب نصيبيه دون الثاني ، كما سيأتي في الكتابة إن شاء الله تعالى - وثُمَّ<sup>(١)</sup> توضيح تعليل ما ذكرناه في الكتابة جُهدنا .

**فِتْرَجُ :** ٤١٥٤ - إذا ادعى رجلان داراً في يد ثالث على الشیوع وذكرا الملك المطلق ، ولم ينسبة إلى سبب ، فقد الحق أصحابنا هذا بما لو نسباً دعوتهما إلى الشراء أو غيره من الأسباب المتخذة الواقعة على موجب الشركة ، وقد مضى التفصيل فيه .

**فِتْرَجُ :** ٤١٥٥ - إذا ادعى رجلان داراً في يد [رجل]<sup>(٢)</sup> ، وقال كل واحدٍ منها : نصف هذه الدار لي ، فأقر المدعى عليه بأن جميع الدار لأحدهما ، وعيته ، نظر : ي ١٩٨ فإن لم [يزِد]<sup>(٣)</sup> المقر له ابتداءً على أن نصف الدار لي ، ولم ينف عن نفسه النصف / الآخر ، فلا يمتنع الحكم بجميع الدار له آخرًا بسبب الإقرار ؛ إذ لا منافاة بين ادعائه النصف ، وبين ثبوت الكل ؛ إذ مستحق الكل قد يدعى نصفه .

وإن ادعى أن النصف له ، والنصف لصاحب المدعى معه ، فإذا أقر المدعى عليه له بالجميع ، فلا يثبت له إلا النصف ؛ تعلقاً بقوله الأول .

ولو ادعى النصف لنفسه ، ونفي الاستحقاق عن غيره ، ولم يثبته لشريكه في الدعوى ، وقد أقر له صاحب اليد بالجميع ، فيه ثلاثة أوجه : جمعها العراقيون : أحدها - أن ذلك النصف مُقرٌ في يد المقر ، فإنه أولى به لثبوت يده في الظاهر ، والمقر له ينفيه .

والثاني - أنه يسلم إلى القاضي ، فيحفظه ، كما يحفظ الأموال التي لا يتعين ملاكها ، ويُتظر البيان فيها .

والثالث - أنه يسلم النصف إلى الشريك الثاني المدعى ؛ فإن المدعى عليه أقر بزوال الملك له ، ونفاه المقر له عن نفسه ، وأولى من يصرف إليه هذا الذي يدعوه . وهذا

(١) أي في باب الكتابة .

(٢) في الأصل : رجلين . وهو مخالف للسياق .

(٣) في الأصل : يرد .

ضعيفٌ ، لا أصل له ، وهو على التحقيق إثبات الملك بالدعوى المجردة .

٤١٥٦- ولو أدعى أولاً النصف ، ونفى استحقاقه عن غيره ، ثم تخلل زمان يجوز أن يتجدد في مثله له ملكٍ / في النصف الباقي ، ثم أقر له صاحب اليد بجميع الدار ، ١٩٨ ش فصدقه المقر له ، يثبت له الملك في جميع الدار ؛ إذ لا منافاة بين الأول والثاني . وإن لم يتدخل زمان يفرض فيه تجدد الملك ، فالإقرار في النصف الثاني مردود للمقر له<sup>(١)</sup> ، لقوله الأول ، والمرء مؤاخذ بالقول الأول . فإن قيل : إذا قال أولاً : النصف لي ، والنصف لصاحبِي ، فأقر صاحب اليد بال تمام له ، فهل يؤثر إقراره أولاً لصاحبِه ثبوت الملك له ؟ قلنا : لا أثر لهذا الإقرار في هذا المعنى . والأمرُ على الأوجه الثلاثة التي ذكرناها .

٤١٥٧- ولو قال رجل : هذا العبد لزيد ، وكان في يد عمرو ، وتحت تصرفه ، فرد قوله ، ثم أكذب نفسه في قوله الأول ، واشترى ذلك العبد من صاحب اليد ؛ فإننا نحكم بصححة البيع ظاهراً لتقارب المتعاقدين لذا العقد ، ثم إذا حكمنا بالصحة بينهما ، أررمنا المشتري أن يرد العبد إلى من أقر له به أولاً ؛ فإنه تمكن من ذلك الآن . وليس هذا كما إذا أقر أحد المدعين للثاني بالنصف ، ثم أقر صاحب اليد له بالجميع ؛ فإن الإقرار له مردود في الشرع بقوله ، فلا حكم له ، وليس كالشراء / . وهذا بين . ١٩٩ ي

### فِصْنَلْ

قال : « فإن تداعى رجالان جداراً بين داريهما . . . إلى آخره »<sup>(٢)</sup> .

٤١٥٨- وصورة ثبوت الجدار أن يكون حائلاً بين عرصتي الدارين ، أو بين بيتهن من الدارين ، أو بين بيت وعرصة .

إذا تنازع مالكا الدارين في الجدار ، لم يخلُ : إما أن يكون متصلةً ببناء كل واحدة منهما اتصال ترصيع ، وإما أن يكون متصلةً ببناء أحدهما دون الآخر .

(١) في العبارة تقديم وتأخير قد يصيغها بشيء من الغموض ، ولو قلنا : « فالإقرار في النصف الثاني للمرء له مردود » ، لكان أوضح .

(٢) ر . المختصر : ٢٢٤ / ٢ .

٤١٥٩ - وأول ما نبدأ به بيان التصوير . واتصال البناء معناه أن يتداخل نصفٌ من الجدار المتنازع فيه ، في الجدار المتفق عليه ، ونصف من ذلك في هذا . وإنما يظهر ذلك في الزوايا ، فإذا كان الجدار ممتدًا بين الدارين كما قدمناه ، واتصل أحد طرفيه بجدارٍ هو ملك إحدى الدارين ، وانعطف أحد الجدارين على الثاني ، وظهر في المنعطف زاوية ، وكانت على هيئة التداخل والترصيع ، فهذا هو الاتصال . ونقيسه أن يُرى انعطاف الجدار على الجدار ، ولا ترصيع بينهما عند الملتقى في طرف الجدار ، بل كان أحدهما ملتصقاً بالثاني ، إلصاق مجاورة . فهذا منفصل .

ش ٤١٦٠ - فإذا تبين ذلك قلنا : إذا لم يتصل طرفٌ من / الجدار الواقع بين الدارين بجدار دارٍ واحدٍ منها اتصال بنيان ، فاليلد في الجدار لهما جميًعا ؛ والسبب فيه أن الجدار سورٌ دار كل واحد منها ، أو سور بنيان داره ، ولو لم تقدر الدارُ الأخرى ، لكن جزءاً من هذه الدار قطعاً ؛ فإذا وقع الجدار من دار كلٍّ منها لهذا الموقع ، فقد تحقق استواؤهما فيما لو انفرد كل واحد منها به ، لكن اليده . والاشتراك في هذه الصورة يتضمن الاشتراك في ظاهر الملك .

٤١٦١ - فهذا إذا لم يتصل الطرفان اتصال بنيان ، ولو اتصل الطرفان بالدارين اتصال بنيان ، فالجوابُ كما مضى ، وهو متساويان في اليد وظاهر الملك .  
وإن اتصل أحد طرفي الجدار بجدارٍ خالص من دار أحدهما ، عند المنعطف ، اتصال بنيان ، ولم يتصل الطرفُ الآخر من الجدار بدار الآخر ، إلا اتصال جوارٍ ، فاليلد في الجدار لصاحب الاتصال ، اتفق العلماء فيه ؛ والسبب فيه أنا على تحقيق نعلم أن هذا الجدار بني مع الجدار الآخر بناءً واحداً ، والوصف والترصيع شاهد فيه ٢٠٠ لا يدفع ، / فلزم الحكم به ؛ إذ يستحيل أن يُبني جدار الغير مع جداره ترصيعاً ، ثم لا يتصل بدار من يدعيه إلا جواراً .

ثم قال الأئمة : ما ذكرناه من الترصيع فيه ، إذا كان الجداران على هذا النعت من الأصل ، والأمر<sup>(١)</sup> إلى الطرف الأعلى ، حيث تبين أنه لا يتصور إحداثه بعد البناء .

(١) كذا ، ولعلها : و(الأَسْ) . فتكون عطف بيان للأصل .

فاماً إذا وجد التداخل في جرين<sup>(١)</sup> من الجدارين ، بحيث يظهر أنه بعد البناء ، فلا تعلق به ، وذلك مثل نزع طوبة وإدخال أخرى على التداخل .

٤٦٢- وإذا كان الجدار بين الدارين ، وكان لأحد المالكين على الجدار جذوع ، ولم يكن للثاني جذوع ، فلا ترجيح لصاحب الجذوع ، والجدار في أيديهما [ولا فرق بين الجذع الواحد والعدد]<sup>(٢)</sup> . ومعتمد المذهب أن وضع الجذوع يقع بعد بناء الجدار ، وقد ذكرنا أن كون الجدار بين الدارين مثبتٌ لمنصب اليد في حق كل واحد منهما ، وكيف لا ، وهو جزء من كل دار ، ووضع الجذوع يقل عن هذا ، ويقتصر عنه ، ويتجه حمله على الإعارة ، والإجارة ، وابتياع حق البناء ، كما سنذكره بعد هذا ، فاختصاص / أحددهما بالجذوع اختصاصٌ مزيد انتفاع ، بعد الاستواء في اليد ، ٢٠٠ ش فكان كما لو سكن رجلان داراً لأحددهما فيه أمتعة وأقمصة ، ولا قماش للثاني .

٤٦٣- ولو تنازع رجلان دابة ، أحددهما راكبها ، فالركوب يناظر وضع الجذوع ، ولكن لم يثبت متعلقٌ في اقتضاء اليد في الدابة [فتعلقنا]<sup>(٣)</sup> بالركوب . وقد أوضحتنا ثبوتَ اليد في الجدار ، وردتنا وضع الجذع إلى مزيد انتفاع بعد الاستواء في اليد .

ولو تنازعَا دابة ، وأحددهما راكبها والثاني متعلق بـلجامها ، أو تنازعَا ثوباً ، وأحددهما لابسه ، والثاني متعلق به [يحاذه]<sup>(٤)</sup> ، فالمذهبُ أن اليد للراكب واللابس .

(١) كذا : جيم ثم راء ثم (كأس) بدون إعجم ، تصلح أن تكون ياءً مثناة ، أو باءً موحدة ، أو ثاءً مثلثة ، ثم نون . ولم أصل إلى معناها على أي صورة تصورت ، والمعنى واضح من السياق على كل حال ، وعبارة الرافعي : « ولا يحصل الرجحان بأن يوجد التصريح المذكور في مواضع معدودة من طرف الجدار ، لإمكان إحداثه بعد بناء الجدار ، بتنع طوبة وإدراج أخرى » فتح العزيز : ٣٣٢/١٠ بهامش المجموع .

ولعلها (في جزأين) . أو (في جزء من) (انظر صورتها) .

(٢) في الأصل : [وإن فرق بين الجدار الواحد والعدد] وهو تصحيف عجيب ، ووهم غريب .

(٣) في الأصل : متعلقاً . والمثبت تقدير منا رعاية للسياق .

(٤) في الأصل : يحاذه ، ولكنها غير متقطعة الياء ، ولم أر لها وجهاً على أية صورة إلا ما اخترناه (يحاذه) . والله أعلم .

وأبعد بعض الأصحاب ، فأثبتت اليد لهما<sup>(١)</sup> .

٤١٦٤- وهذه الأحوال حقها أن تؤخذ من العادات ؛ إذ ليس فيها توقيفات شرعية ، ولا يخفي أن الرَّاكِب هو الذي يُعد مسؤولياً على الدابة ، دون المتعلق باللجام ، وكذلك القول في لابس الثوب [وجاذبه]<sup>(٢)</sup> .

٤١٦٥- ثم لما ذكر الشافعي معتبرة في الجدار ، وأوضح أنَّ الرجوع إلى اتصال ي ٢٠١ البُنْيَان كما وصفناه ، قال : فإن/ لم يكن ، فالجدار مقر على اليدين ، واعتبار تقريره على اليدين أولى من كل ما يتخيل بعده ، سوى اتصال الرَّصْف والترصيع ، وعدَّه مما لا يعتبر ، مما قد يُخْيل .

وأشار إلى خلاف العلماء ، قال : « لا أنظر إلى من إليه الخوارج والدواخل وأنصارُ اللَّبَنِ و معاقِدِ الْقُمَطِ » والقُمط جمع القِمَاط ، وهو الحبل .

وأراد بالدواخل والخوارج الكتابة بالجنس والأجر ، إذا كان على أحد وجهي الجدار كتابة ، فلا تعوييل عليها ، وكذلك إذا كان على أحد وجهي الجدار تزويقات أو طبقات تزين الجدار ، وأراد بأنصار اللَّبَن أن الجدار لو كان متخدناً من اللبنات المقطعة ، وكان الوجه إلى أحد الجانبين والجوانب المكسرة من الجانب الآخر ، فلا احتفال بشيء من هذا . ومعاقد القُمط يظهر في الستر بين السطوح [والمتخذ من القصب والحُصْر]<sup>(٣)</sup> وغيرهما ، فقد يشد عليها خشبة مستطيلة ومحترضة بالحبال ، وقد يُظن أن [الباني]<sup>(٤)</sup> لها [لا]<sup>(٥)</sup> يجعل وجه العقد والخشب في جانب نفسه ، ويجعل

(١) وصف إمام الحرمين من أثبت اليد لهما ، بالخَوْر والجهل بما خذل المذهب ، وذلك في كتابه ( الدرة المضية ) .

(٢) هنا رسمها بالحاء والدال المهملتين ، والباء الموحدة . فلعل هذا يرجح اختيارنا ، ولم نجد عند الرافعي في الفتح ، ولا التوسي في الروضة ، ولا الغزالى في الوسيط ، ولا في حواشى التحفة - لم نجد ما نرجح به لفظاً آخر غير ما اخترناه .

(٣) في الأصل : « بين السطوح والخط » وفيه تصحيف وسقط . وما أثبتناه اختيار منا على ضوء المعنى مع الاستعارة بكلام الرافعي في فتح العزيز : ٣٣٣ / ١٠ .

(٤) في الأصل : الثاني .

(٥) زيادة من المحقق ، على ضوء السياق .

الوجه المستوي إلى الجانب/ الذي يليه ، ولا تعويل على ذلك ، ولا ترجيح خلافاً ٢٠١ ش لمالك<sup>(١)</sup> .

٤٦٦ - ولو كان لأحد المتنازعين في الجدار على الجدار أَرْجَ<sup>(٢)</sup> ، نظر : فإن [كان]<sup>(٣)</sup> على متهاه ، فهو بمثابة وضع الجنوبي بعد تمام البناء ، وقد ذكرنا أنه لا تعلق بوضع الجنوبي ، ولو كان الجدار من أصله مقوساً من جهة أحدهما إلى متهى الأَرْجَ ، فإذا فرض التزاع والحالة هذه ، فصاحبُ الأَرْجَ صاحبُ الجدار ؟ فإن الجدار جزء من الأَرْجَ ، وليس الأَرْجَ موضوعاً بعد بناء الجدار ، ولا يعد مثل هذا سوراً في جانب جدار من الأَرْجَ له ، فإذا كان البيت المؤرَّج لأحدهما وفافاً ، فالجدار الذي ذكرنا من غير الأَرْجَ . فهذا متهى القول في ذلك .

٤٦٧ - ثم رد الشافعى قوله في أمر نحن [نوضّحه]<sup>(٤)</sup> ونسعين بالله تعالى فيه ، فنقول : إذا كان بين رجلين جدار مشترك ، فأراد أحدهما أن يضع عليه جنوبياً ، لم يكن له أن ينفرد به دون إذن شريكه ؛ فإن انفراد أحد الشركاء بالتصريف في الملك المشترك لا مساغ له .

وقال الشافعى رضي الله عنه في القديم : إن ثبتت حاجةُ الجار إلى الجنوبي على الجدار ، وجب إسعافه ، ولا / يختص هذا بالجدار المشترك ؟ فإنه لو كان الجدار ٢٠٢ يملكاً خالصاً للجار ، ومست إلينها حاجة الآخر - كما ذكرناه - لم يمنع من وضع الجنوبي على الجدار ، واعتمد في القديم ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر؛ فلا يمنع جاره بأن

(١) ر . الإشراف للقاضي عبد الوهاب : ٥٩٧/٢ مسألة ١٠٠٣ ، عيون المسائل : ١٦٥٢/٤ مسألة ١١٦٦ .

(٢) الأَرْجَ بفتحتين : البناء المستطيل المقوس السقف . والمراد هنا أن يكون لأحدهما قوسٌ بالبناء ، يتکيء بأحد طرفيه على الجدار محل النزاع . (مصابح ، ومعجم) .

(٣) زيادة اقتضاها السياق .

(٤) في الأصل : نوضّحه .

يضع خشبة على جداره <sup>(١)</sup> وقيل : كان الناس لا يعملون بهذا ، فلما ولـي أبو هريرة مكة أو المدينة قال : « ما لي أراكـم معرضين عنها ، والله لأرمـن بها بين أكتافكم » واختلف في تفسير لفظه ، فقيل : معناه لا يـلـفـنـكـمـ ذـلـكـ ، ولا يـضـعـنـ جـذـوـعـ الجـيـرـانـ علىـ أـكتـافـكـمـ ، ضـرـبـاـ لـلـمـثـالـ ، وـقـصـدـاـ إـلـىـ الـمـبـالـغـةـ فـيـ الـبـيـانـ . وـقـيلـ : أـرـادـ بـقـولـهـ لـأـضـعـنـهاـ : أيـ لـأـضـعـنـ هـلـذـهـ السـنـةـ بـيـنـ أـكتـافـكـمـ ، وـلـأـحـمـلـنـكـمـ الـعـلـمـ بـهـاـ .

٤١٦٨- فإن فرعنا على الجديد ، فلا سبيل إلى الوضع على الملك الخالص ، ولا على الملك المشترك ، وإن مـسـتـ الحاجـةـ إـلـيـهـ . وهـلـذـاـ قـانـونـ الشـرـعـ ، وـمـقـضـىـ الـقـيـاسـ الـكـلـيـ وـالـجـزـئـيـ ، وـحـدـيـثـ أـبـيـ هـرـيـرـةـ مـحـمـوـلـ عـلـىـ التـأـكـيدـ فـيـ النـدـبـ شـ٢٠٢ـ وـالـاسـتـجـابـ ، / وـقـدـ يـرـدـ أـمـثـالـ هـلـذـاـ فـيـ الـحـثـ عـلـىـ الـمـكـرـمـاتـ .

٤١٦٩- وإن فرعنا على القول القديم ، فلا بد من فرض حاجة .

ثم قال الأصحاب : هذا مشروط بشرطين : أحدهما - أن يضع ما لا يُثقل الجدار ، ولا يؤدي إلى هدمه ، فأما أن يبني عليه ما يثقله ، فهو منوع إلا بالرضا . والثاني - أن تكون الجوانب الثلاثة من البيت لصاحب البيت ، وهو يحتاج إلى جانب رابع . فأما إذا كان الكل للغير ، فلا يضع الجذوـعـ عـلـيـهـ قـوـلـاـ وـاحـدـاـ . ومن أصحابنا من لم يشترط هذا الشرط الأخير .

والحاجة التي أطلقتها لم نرـدـ بها ضـرـورـةـ ، وإنـماـ أـرـدـنـاـ حـاجـةـ الـبـنـاءـ ، حتىـ لاـ يـظـنـ ظـانـ أـنـ المـعـنـيـ بـالـحـاجـةـ ضـرـورـةـ مـرـهـقـةـ ، وـدـاعـيـةـ مـسـتـقرـةـ . ولـكـنـ لوـ بـنـىـ بنـاءـ لـاـ يـحـتـاجـ إـلـيـهـ ، وـكـانـ الـبـنـاءـ يـحـتـاجـ إـلـيـ ماـ وـصـفـنـاهـ مـنـ وـضـعـ الـجـذـعـ ، فـلـهـ الـوـضـعـ . وـفـيـ هـلـذـاـ أـدـنـىـ نـظرـ عـنـدـيـ .

ولا يمتنع تخصيص ما ذكره في القديم بحاجة إلى أصل الوضع ، وهذا التردد

(١) حديث أبي هريرة متفق عليه ، رواه البخاري في المظالم ، الفتح : ١٣١/٥ ، ح ٢٤٦٣ ورواه مسلم : كتاب المساقاة ، باب غرز الخشب في جدار الجار ، ح ١٦٠٩ . وانظر : التلخيص ٩٩/٣ ح ١٢٦٢ .

يضاهي ما ذكرناه في كتاب الطهارة من تضييب الإناء بالفضة ، [إذ شرطنا]<sup>(١)</sup> الحاجة إلى التضييب .

٤١٧٠ - وإذا فرعنا على / القول الجديد ، قلنا : إن رضي مالك الجدار بوضع ٢٠٣ ي الجذوع على جداره من غير عوض ، كان ذلك إعارة ، وسنصف في كتاب العارية أن من أعار أرضه ، أو جداره للبناء عليه ، أو للغراس ، فإذا بني المستعير ، وغرس ، فلللمuir الرجوع في العارية ، ولكن يضمن ما ينقصه بالقلع في الغراس والبناء . وسيأتي هذا على الاستقصاء في موضعه ، إن شاء الله تعالى .

وغرضنا الآن : أن من استعار أرضاً وغرسها ، أو بني فيها ، فلللمuir الرجوع ، على شرط ضمان النقصان .

ومن استعار جداراً ووضع عليه جذوعاً ، فإذا أراد مالك الجدار الرجوع في العارية ، رفع الجذوع والتزم غرامة النقصان .  
وظاهر المذهب أن ذلك سائغ على قياس الباب .

وقال بعض أصحابنا فيما حكاه القاضي : لا يجوز الرجوع في هذه العارية ؛ فإن ضرر القلع والرفع يتداعى إلى ما هو خاص ملك المستعير ؛ فإن الجذوع إذا رفعت أطرافها من جدار لم تستمسك على باقي [الجُدُر]<sup>(٢)</sup> فإذا عظم الضرر ، امتنع القلع . فأثر رجوع المعير أن يلزم المستعير أجر المثل في مستقبل الزمان ، / وتفصيل ذلك يأتي ٢٠٣ ش في موضعه ، إن شاء الله تعالى .

٤١٧١ - ومما أجراه الأئمة من أحكام العارية إذا اتصل الكلام بها أن من استعار أرضاً وزرعها ، لم يكن للمستعير قلع الزرع قبل إدراكه ، بخلاف الغراس ؛ فإن الزرع له أمد معلوم . فلو كان غرس ، فأثمرت الأشجار ، فلا يجوز للمuir قلعها قبل جدار الشمار ؛ فإن الشمار لها أمد كالزرع . وهذا منقاد لا خفاء به . فإذا جدت الشمار ؛ فإذا ذاك يقلع المعير إن أراد ، على شرط الضمان .

(١) في الأصل : إذا شركنا .

(٢) في الأصل : الجدار .

**فِرْعَوْنُ :** ٤١٧٢- إذا كان الجدار المتنازع بين الدارين مبنياً على خشبة طويلة ، وكان طرف من تلك الخشبة والجأ في ملك أحدهما ، ولم يكن شيء منها والجأ في ملك [الثاني]<sup>(١)</sup> ، قال العراقيون : الخشبة تكون لمن يكون طرفها في ملكه ، ثم قالوا : إذا ثبت أن الخشبة له ، فالجدار المبني عليها تحت يده ؟ فإن الظاهر أن جدار غيره لا يبني على ملكه . هذا ما ذكروه ، ولم أجده في طرقنا ، وليس المسألة خالية عن احتمال في الخشبة والجدار .

**فَيُنْهَىٰ :** ٤١٧٣ – قال العراقيون : إذا تنازع الجاران الجدار بينهما ، وشهدت / بيتهما لأحدهما بملك الجدار ، ولزم القضاء بها ، فيصير صاحب يد في القاعدة التي عليها الجدار .

وكذلك إذا تنازع رجال شجرة وشهدت البينة لأحدهما ، فيصير مالك الشجرة صاحب يد في مغرس الشجرة . هكذا قالوا . وهو قياس طريقنا .

فإن قيل : الجدار على قاعدته ، والشجرة على مغرسها بمثابة الجذع على الجدار ،  
فكيف يدلُّ على اليد وقاعدته ؟ وكذلك السؤال في الشجرة ومغرسها ؟ قلنا : نبهنا على  
هذا ؛ إذ قلنا : الجدار بين الدارين في يدي مالكهما ؛ من حيث إنه جزء من كل دار ،  
فكان هذا التمسك بالجزئية أولى من التعلق بوضع الجذع . وهذا لا يتحقق في قاعدة  
الجدار ومغرس الشجرة ، فصار الجدار يداً في القاعدة ، والشجرة يداً في المغرس .

ونظير ذلك أن الدار إذا كانت مشحونة بأمتعة إنسان ، وكان لا يسكنها أحد ، فالدار تحت يد صاحب الأمتعة . ولو كان يسكنها رجلان ، ولأحدهما أمتعة ، فلا نظر إلى الأمتعة مع شهود المتدعين في الدار وسكنها<sup>(٢)</sup> .

٤١٧٤- ثم قال العراقيون : لو أقر إنسان بجدار لإنسان ، أو بشجرة / ، فالإقرار لهما هل يكون إقراراً بقاعدة الجدار ويمغرس الشجرة ؟ فعلى قولين مأخوذين من أن البيع فيهما هل يتناول أصلهما ، وفيه قولان ، قدمنا ذكرهما .

(١) في الأصل : الباني .

(٢) «سکونها»: ای (سُکناهَا).

وفي المسألة فضل نظر فيما نصفه سؤالاً وجواباً .

فإن قيل : إذا كان لفظ المقر مع اختصاصه بالجدار يتعدي إلى أصله ، حتى يجعل إقراراً به في أحد القولين ، مع أنَّ مبني الإقرار على العمل على الأقل . فإذا شهد عدلان لإنسان بملك جدار ، فقولوا : لفظ الشهود يتضمن الملك في أصل الجدار على أحد القولين قياساً على الإقرار . قلنا<sup>(١)</sup> : هكذا نقول ، ولا فرق ، والعلم عند الله تعالى .

٤١٧٥ - وهذا يلتفت إلى أصل ، وهو أن الشاهد على البائع تقبل شهادته مطلقاً ، من غير بحث عن شرائط صحة البيع ، على المذهب الظاهر ، ويحمل البيع المشهود به على الصحة ، على ما سيأتي ذلك في موضعه ، إن شاء الله تعالى .

### فصل ثالث

قال : « ولا أجعل لواحد منهما أن يفتح كوة فيه . . . إلى آخره »<sup>(٢)</sup> .

٤١٧٦ - الجدار المشترك بين شريكين لا يجوز لأحدهما أن يفتح كوة أو يثبت فيه وتدأ يعلق فيه شيئاً ؛ فإن التصرف في [الجدار]<sup>(٣)</sup> المشترك تصرف في ملك ٢٠٥ ي الشريك ، والتصرف في ملك الشريك من غير إذنه [غير]<sup>(٤)</sup> ساعغ ، ولا يمتنع على كل واحد من الشركين أن يستند إلى الجدار المشترك ، أو يسند إليه شيئاً من الأمتعة ؛ فإن هذا النوع من المنفعة غير معتد به ، ولا أثر له . ولو استند إنسان إلى جدار خالص لغيره ، لم يمتنع ذلك ، ولو منع المالك منه ، ففيه تردد للأئمة .

ويخرج عليه ما لو تمانع الشركين في هذا النوع أيضاً ؛ فإن الملك المشترك في حكم الملك الخالص .

(١) في الأصل : فإن قلنا .

(٢) ر . المختصر : ٢٢٤ / ٢ .

(٣) زيادة من المحقق .

(٤) سقطت من الأصل . وأثبتناها رعاية للسياق .

وأما الاستظلال بظل جدار للغير في الشارع ، فلا أثر له ، ولا يملك مالك الجدار المنع منه .

٤١٧٧ - [و]<sup>(١)</sup> كما يمتنع التصرف في الجدار المشترك بالفتح ، يمتنع البناء عليه .  
ولا يجوز للشريك في الدار أن يسكنها دون إذن الشركاء ، وإذا تماعوا ، فالمهایأة<sup>(٢)</sup> إذا رضوا بها ، توفر عليهم حقوقهم من المنافع ، وهي في الظاهر تناوب في المنافع ، وفي الحقيقة بيع المنافع ، فإذا تراضى شريكان بالمهایأة على أن يسكن أحدهما شهراً ، ش ٢٠٥ فالمتفعة الحاصلة في كل نوبة في أصل الوضع مشتركة ، فكان كل شريك / باع حصته من المتفعة في نوبة شريكه بما يتتوفر عليه في نوبته من حق شريكه .

٤١٧٨ - وال الصحيح أن المھایأة لا تلزم ، ولا يجب الوفاء [بها]<sup>(٣)</sup> وإن وقع التراضي فيها .

فإن قيل : لو اكتفى رجل داراً سنة بمنفعة عبد سنة ، أو أكثر ، أو أقل ؛ فالإجارة صحيحة ، ومقابلة المتفعة بالمنفعة سائغة عندنا ، فهلا وقع القضاء بلزم المھایأة الصادرة عن التراضي ؟ قلنا : من ضرورة التناوب بالمهایأة على منافع العين الواحدة أن تتجزء نوبة وتتأخر الأخرى ، والمنافع المضافة إلى المدة التي ستأتي ، لا يجوز إيراد العقد عليها عندنا ؟ فإن من استأجر داراً السنة القابلة ، لم يصح ، فلا تلزم المھایأة على هذا الأصل ، وليس معاملة تقتضي تملقاً على الصحة . نعم ، هي على صورة بيع فاسد ، ولهذا قلنا : لا يصح الإجبار عليها ؛ فإن الإجبار على البيع الصحيح ممتنع ، مما لظن بالإجبار على ما هو على صورة البيع الفاسد .

فإن قيل : هلا جعلتم المھایأة قسمة بمعنى الإفراز ؛ تخريجاً على أن القسمة إفراز ي ٢٠٦ حق ؟ قلنا : ليست المھایأة على صورة القسمة الصحيحة أيضاً ؛ فإن القسمة / يتتجزأ فيها الأقساط والحقص ، ويفرض تعديلها وتنزيل الشركاء عليها ، والمنافع توجد شيئاً

(١) في الأصل : كما (بدون واو) .

(٢) المھایأة : المناوية ، وهي نوع من قسمة المنافع بين مستحقيها . (ر. طلبـة الطلبة: ٢٥٩).

(٣) سقطت من الأصل .

فشيئاً ، وليس من التعديل مقابلة واقع متوجز بمتوقع .

٤١٧٩- وذهب بعض أصحابنا إلى الإجبار على المهايأة ؛ لأن الضرورة ماسةً إليها عند تنازع الشركاء ، ولو لم يجبر عليها ، لتعطلت المنافع . وهذا بعيد عن القياس ، ولكن مبناه على الحاجة الحاكمة العامة ، وقد نميل عن مسلك القياس بمثل ما ذكرنا .

٤١٨٠- فإن قلنا : لا إجبار على المهايأة ، فلو تهياً شريكان على التراضي واستوفى أحدهما المنفعة في النوبة التي قدرت ، ثم أراد الرجوع فيما توافقا عليه ومنع شريكه من استيفاء المنفعة في نوبته ، فله ذلك ، ولكنه يغرس لشريكه قيمة حصته من المنفعة في النوبة التي استوفاها .

وإن قلنا : بالإجبار على المهايأة ، فإن استوفى أحدهما النوبة الموظفة ، لم يكن له الرجوع ، بل تُوفَّر على الشريك مثل تلك النوبة . ثم تعقب النوب الموضوعة ، إلا أن يترافق الشركاء على نقضها ، فلا بد من اتباع رضاهما .

ثم النوب تطرد إلى غير نهاية ، وهذا من الوجوه الظاهرة / في الخروج عن ٢٠٦ ش القياس .

ثم إن قلنا بالإجبار على المهايأة ، فلا كلام ، وإن منعنا الإجبار عليها ، واستمر الشركاء على التدافع ، فهذا يؤدي إلى تعطيل المنافع ، فهل يباع عليهم الملك عند الامتناع من المهايأة ، وإدامه الطلب ؟ فعلى وجهين حكامها القاضي : أحدهما - أن العين تباع على الشركاء ، لقيام النزاع ، وإفساد الأمر إلى تعطيل [المنافع]<sup>(١)</sup> وهذا وجہ ضعيف ، لم أره في غير هذه الطريقة .

والأصح أنه لا إجبار على المهايأة ، ولا على البيع ، وتترك المنافع تعطل إلى أن يترافقا .

ولم يذكر أحد من الأصحاب الإجبار على الإجارة<sup>(٢)</sup> ، ولعل السبب فيه أن الأمد

(١) سقطت من الأصل .

(٢) أي إجارة العين محل النزاع .

في الإجارة لا متوقف له ، ولا سبيل إلى التحكم بهذه<sup>(١)</sup> ، والإجبار يقدر والشريكان متمانعان ، والبيع يرد على مورد متعين . وكل ذلك خطط ، والوجه نفي الإجبار في المهاية والبيع .

### فصل

قال : « وقسمته بينهما إن شاءا . . . إلى آخره »<sup>(٢)</sup> .

٤١٨١ - الكلام في هذا الفصل يتعلق بأمرتين : أحدهما - التفصيل في قسمة الجدار ي ٢٠٧ المشترك ، إجباراً ، و اختياراً . والثاني - القول في قسمة أُس الجدار و مبناه ، إذا كان قد انهدم الجدار و انهار .

٤١٨٢ - فأما الجدار المشترك ، فقسمته تفرض على وجهين : أحدهما - قسمة جميع الطول في نصف العرض ، فهذا النوع لا إجبار عليه لوجهين : أحدهما - أن قسمة الإجبار لو فرضت ، لكان التعين بالقرعة ، ثم القرعة ربما تخرج على خلاف ما يقصد في جهة الانتفاع ، بأن تخرج القرعة زيد على الشق الذي يلي دار صاحبه ، ولا يتأتى - والحالة هذه - من واحدٍ منهمما الانتفاع المقصود . هذا وجه .

والثاني - أن [الإفراز]<sup>(٣)</sup> على الحقيقة لا يتصور ؛ من قبل أنا وإن فصلنا شيئاً عن شق بخط نرسمه فاصلاً بين الشقين ، ولو وضع أحدهما على شقه جذوعاً ، أو بني عليه أدى ذلك [إلى تقليل]<sup>(٤)</sup> الشق الآخر والتحامل عليه . وهكذا يكون نعت الجدار ؛ فلا تتأتى المفاصلة إذا .

وذكر صاحب التقريب وجهاً بعيداً في الإجبار على هذا النوع من القسمة ، إذا دعا إليها أحد من الشركين . ثم قال : « نخصص كلَّ واحدٍ منهمما بالحصة التي تليه من غير قرعة » . وهذا بعيد في الحكاية ، وإن كان يتوجه بعض الاتجاه ، وما ذكرناه من أن

(١) كذا ، ولعل تمام العبارة : « ولا سبيل إلى التحكم بهذه الجهة » أو كلمة نحوها .

(٢) ر . المختصر : ٢٢٤ / ٢ .

(٣) في الأصل : « الإقرار » والمثبت تقدير منا رعاية للسياق .

(٤) في الأصل : تقليل .

المفاصلة لا تتحقق ، / فيه نظر ؛ من قبل اتفاق الأصحاب على تصحيح القسمة ٢٠٧ ش بالتراصي . ولو كانت المفاصلة لا تتحقق ، لامتنعت القسمة أصلاً .  
وما ذكرناه في قسمة الجدار في جميع الطول في نصف العرض .

٤١٨٣- فأمّا قسمة الجدار في جميع العرض في [نصف]<sup>(١)</sup> الطول ، فإنها صحيحة مع التراصي ، وهل يجبر عليها الممتنع منها إذا دعا إليها أحد الشريكين ؟ فعلى وجهين مذكورين في الطرق ، بناهما المرتّبون على المعنين اللذين ذكرناهما في الصورة الأولى . فإن اعتمدنا تعطل الانتفاع لأمير يرجع إلى خروج القرعة ، فهذا لا يتحقق في الصورة الأخيرة ، فليقع الإجبار على القسمة .  
وإن اعتمدنا على أن المفاصلة لا تتحقق ، فهذا المعنى قد يجري في النوع الأخير من القسمة ؛ فلا إجبار إذا .

٤١٨٤- ولو انهدم الجدار وبرز الأُس ، فأراد قسمته ، فالقسمة في جميع العرض في بعض <sup>(٢)</sup> الطول يجري الإجبار عليها ، لفقد المعنين ، فأمّا القسمة في جميع الطول في بعض العرض ، فإن جرينا على تعيين حصة كل شريك فيما يليه من غير قرعة ، فالإجبار جائز ، وإن قلنا : لا بُدّ / إذا فرضت القسمة من إجراء القرعة ، ففي الإجبار على [القسمة]<sup>(٣)</sup> وجهان ٢٠٨ ي مبنيان على المعنين المذكورين في قسمة الجدار نفسه على هذه الصورة .

### فصل ثالث

٤١٨٥- إذا انهدم الجدار فعمراه ، وأعاداه بالأعيان التي كانت في الجدار ، من غير مزيد ، واستويا في العمل وفي الاستئجار عليه ، واشترطا أن يكون الثلاثان لواحد ، والثالث لآخر ، فهذا الشرط لغوٌ ، والجدار نصفان كما كان . ومن رضي بالنقسان

(١) في الأصل : «بعض» ثم هذا هو الوجه الثاني من وجهي القسمة .

(٢) الصورة هي في حالة الجدار بين اثنين ، فـ(البعض) هنا إما أن يراد به النصف ، أو يقدّر أن بعض أجزاء الجدار تختلف عن بعض ، هذا إذا لم تكن كلمة (بعض) مصحّفة عن (نصف) في هذا الموضوع وفي الذي يليه .

(٣) في الأصل : القرعة . والمثبت من هامش الأصل .

منهما واحدٌ هبةً ، فإن وَفِيْ بِهَا ، فذاك ، وإلا ، فلا طَلِبَةَ عَلَيْهِ .

٤١٨٦ - ولو اختص أحدهما بالإعادة ، وشرط أن يكون الثلان من الجدار له ، فتقدير ذلك مقابلة عمل العامل على الثالث الذي يقدر بقاوئه ، وللذى لم يعمل بالسدس من ملكه في الجدار ، فالسدس إذاً أجرة العمل على الثالث . وهذا سائغٌ ، على شرط تقدير ذلك من الأساس والنقض ؛ حتى تكون الأجرة عتيدة .

ولو فرض ربط الأجرة بالسدس بعد البناء ، لم يصح ؛ فإن هذا تعليق في عين .

٤١٨٧ - وذلك إذا لم يجدد العامل عيناً في الجدار من ملك نفسه ، فلو جدد ، ش ٢٠٨ وليقع الفرض فيه إذا أعاد الجدار بأعيانٍ من / عند نفسه من غير أن يستعمل شيئاً من النقض - فهذا المعاملة يتذر بها الناظر تصوراً ، ثم لا يخفى الحكم فيها . فالعامل كأنه بيع ثلث الأعيان التي أتى بها ، ويضم إليها عمله فيها ، والعوض المقابل السدس من أس الجدار .

هذا تقدير المعاملة ، وهي مشتملة على الجمع بين العين والمنفعة ، وهو من صور تفريق الصفة . والتتبّيه كافٍ فيما ذكرناه .

ولا بد في الصورة الأخيرة من تعين الأعيان ، والإشارة إليها على سبيل الشيوع ، أو ذكرها وصفاً على سبيل السَّلْمِ .

٤١٨٨ - ثم ذكر الشافعي في آخر الفصل أن الشركين لو اصطلحَا على وجه يصح ، وشرطًا أن يحمل أحدهما على الجدار ما شاء ، فهذا الشرط مفسد<sup>(١)</sup> ؛ فإن الجدار لا يتحمل الوفاء بالشرط ، والقدر المحتمل مجهول ، فالشرط فاسد ، وإذا فسد ، أفسد ما يفرض من معاملة .

فهذا طرد المذهب على وجهه في التفصيل .

٤١٨٩ - وقد ذكر صاحب التقريب وجهاً بعيداً في الصورة الأولى ، لا وجه له ، فأحرته ، وأنا الآن ذاكره . قال : لو استويَا في الإعادة بالنقض القديم ، ولم يتخخص

أحدهما بمزيدٍ ، فلا يمتنع أن/ ينقص نصيب أحدهما بالتراضي ، وزعم أن المشتركين ٢٠٩ ي في الدار على تقدير التشطير ، لو قال أحدهما : بعت نصفي من الدار بثلث الدار من نصفك ، فقال المخاطبُ : قلت . قال : لا يمتنع أن يحصل بهذه المعاملة أحدهما على الثلثين ، ويبقى للأخر الثالث .

وهذا عندي كلام ملتبسُ ، لا أصل له . والوجه القطع بفساد هذا النوع من المعاملة .

ولو قال أحد الشريكين لصاحبه مع استمرار الشيوع : بعت نصفي من الدار بنصفك ، فلا يجوز أن يقدر هذا بيعاً<sup>(١)</sup> ، حتى يترتب عليه تقدير شفعةٍ ، أو غيرها من أحكام البيوع ؛ فإن وضع الشرع في البيع على إفادة التبادل ، ولا يتحقق مع اطراد الشيوع ، فلا وجه لما قال إذا .

**فَتَّحُ :** ٤١٩٠ - إذا استعار رجل جداراً ووضع عليه جذوعاً ، ثم انهدم الجدار ، نظر : فإن أعيد الجدار بأعيان جديدةٍ ، لم يملك المستعير ردَّ الجذوع على الإعارة الأولى ، وإن أعيد الجدار بنقضه من غير مزيدٍ ، واستعمل عين جديدة ، فقد<sup>(٢)</sup> ذكر العراقيون وغيرهم وجهين في أن المستعير هل له ذلك من غير مراجعة ؟ بناءً على الإعارة/ الأولى ؟ ففيه الخلاف الذي ذكرناه .

٢٠٩ ش

ولا ينبغي أن يعتقد خلافٌ في أن صاحب الجدار ، لو منع من الإعادة يبقى للمستعير خيار . ثم إذا منع ، فلا يغرم ما يغرمه لو رفع الجذوع ، ونقض بناء المستعير ، مع بقاء الجدار ، فعاد الخلاف إذا إلى الاستمرار على حكم [الإعارة]<sup>(٣)</sup> الأولى . ثم لو فرض إعادة الجذوع تفريعاً على جواز ذلك ، فلا ينقض المستعير إلا مع ضمان أرش النقصان .

(١) في الهامش ما نصه : حاشية : قد يتصور فائدة خارجة عن البيع ، بأن يكون قد حلف ليبيعن نصبيه .

(٢) في الأصل : قد ذكر .

(٣) في الأصل : الإعادة .

## فصلٌ

قال : « وإن كان السفل في يد رجلٍ ، والعلو في يد آخر ، فتنازعا سقفه . . . إلى آخره »<sup>(١)</sup> .

٤١٩١- إذا كان السفل في يد إنسانٍ ، والعلو المسامتُ له في يد آخر ، فتنازع صاحبُ العلو والسفل السقفَ الحائلَ بينهما ، نُظر : فإن كان بناء سقف العلو قبل بناء سقف السفل ممكناً ، بأن يفرض سقفٌ عالٍ ، ثم يفرض سقف دونه ، بأن تدرج رؤوس الجذوع في وسط الجدار ، وينظم عليها السقف ، فإذا كان هذا التصوير ممكناً ، فالسقف الحائل بين العلو والسفل إذا تداعياه ، فهو في أيديهما ؛ فإنه في حكمي ٢١٠ الجزء للعلو أرضاً ، وهو أيضاً في حكم الجزء للسفل سماءً / وسقفاً ، فصار توسط السقف بين العلو والسفل كتوسيطِ الجدار بين دارين ، الواقع سوراً لكل واحدٍ منهما .  
هذا إذا كان إحداث سقف للسفل ممكناً بعد تقدير سقف العلو .

٤١٩٢- فأما إذا كان لا يمكن [إحداث]<sup>(٢)</sup> سقف السفل على وسط الجدار بعد امتداده إلى متهى العلو ، وذلك كالأَرْجَ ، فإنه لا يمكن استحداثه على وسط الجدار ، فإذا كان كذلك ، علمنا أن السقف بُني أولاً ، واستحدث بعده جدار العلو وسقفه ، فالسقف في هذه الصورة في يد صاحبِ السفل .

٤١٩٣- وممّا يجب تأمله فيما قدمناه من تفصيل القولُ في التنازع في الجدار الممتدة بين الدارين : ذكرنا تفصيلاً في الأَرْجَ ، وجعلنا الأَرْجَ المبني على الجدار المستوي بمثابة الجذوع التي توضع بعد تمام بناء الجدار ، [والأَرْجَ]<sup>(٣)</sup> الذي قوَسَ له الجدار من أسه هو المعتبر ، وهذا التفصيل لا وقع له فيما ذكرناه في السفل والعلو ؛ فإن الجدران المحيطة بفضاء السفل لا نزاع فيها ، وهي مختصة بيد صاحبِ السفل ، والأَرْجَ هو

(١) ر . المختصر : ٢٢٥ / ٢ .

(٢) زيادة من المحقق ، رعاية للسياق .

(٣) في الأصل : والجدار . وهو سبق قلم .

الذي فيه الكلام ، وقد/ تبين أنه [ما]<sup>(١)</sup> بُنِي أرضاً للعلو ، وإنما تم بناء السفل ٢١٠ ش بالأَزْج ، ثم كان استحداث العلو بعده ، فلم يكن الأَزْج مضافاً إلى العلو والسفل ، على قضية الاستواء أرضاً وسماءً . وهذا بيّن .

٤٩٤- فإن كان السقف كما ذكرناه في القسم الأول ، وحكمنا بأنه في أيديهما ، فلا خلاف أن صاحب العلو يجلس عليه ، ويوضع عليه أثقاله على الاعتياد في مثله ، وهذا انتفاع بالمشترك ، وقد تقدم امتناع الانتفاع بالمشترك ، ولكن هذا متَّزَل على الاعتياد في مثله .

وأتفق الأصحاب على أن صاحب السفل ، لو أراد تعليق شيء من السَّقْفِ ، لم يمنع منه ، والسبب فيه أن صاحب العلو انتفع بالسقف ، وملك تثقيله بنفسه وأمتعته ، فملك صاحب السفل مساواته في تعليق الأثقال في السَّقْفِ ، وهو محمولان على حكم العادة في الباب .

هذا هو المذهب الظاهر .

ومن أصحابنا من لم يجوز لصاحب السفل تعليق ثقل في السقف ، ويُلزمه أن يكتفي بالاستظلال من السَّقْفِ . ومن أصحابنا من قال : إنَّ أُمُكَن التعلق من غير / إثبات وتد ٢١١ في جرم السقف ، جاز ، مع اجتناب السَّرَفِ ، ولزوم الاقتصاد ، فأما إثبات الود في جرم السقف ، فممتنع .

فتحصل ثلاثة أوجه على ما ذكرناه .

٤٩٥- والذي يجب الاعتناء به صرف الفكر بين الجدار الممتد الواقع بين الدارين سوراً لهما ، وبين السقف الفاصل بين العلو والسفل ، فنقول :

أصل الفرق لا بدّ منه ؛ فإن جلوس صاحب العلو ، ووضعه الأنقال على السطح انتفاع ظاهر مؤثر في السقف ، وهو مسوغ بلا خلاف ، ولا يجوز مثله في الجدار الممتد بين الدارين ، والسبب فيه أنا لو منعنا صاحب العلو مما ذكرناه ، لتعطل العلو ، فكان هنا في حكم الضرورة ، من وضع العلو والسفل ، ثم ثار الاختلاف بين

(١) في الأصل : لما .

الأصحاب في صاحب السفل ، ثم حاولوا أن يسّروا بين صاحب السفل والعلو ، فكان الظاهر تمليك صاحب السفل تعليق شيء في السقف ، ليواري صاحب العلو في تقليل السقف . ومنع مانعون ذلك ، صائرین إلى أن الاستظلال في حق صاحب السفل هو ش ٢١١ قدرُ الضرورة ، وفصل فاصلون / بين نصب الوِتَد والتعليق وغير ذلك ، كما قدمناه .

٤١٩٦- وكان شيخي يقول : إذا منعنا صاحب السفل من نصب ورثة في الوجه الذي يليه من السقف ، فمنع صاحب العلو في العلو من [غرز]<sup>(١)</sup> الوِتَد أيضاً ؛ إذ لا ضرورة فيه . وإن جوزنا لصاحب السفل نصب الوِتَد في الوجه الذي يليه ، فهل يجوز ذلك لصاحب العلو ؟ فعلى وجهين ؛ فإن صورة التعليق قد تُحوّج إلى نصب ورثة ، ولا يتحقق مثله على هذا النسق في حق صاحب العلو .

وما اختلف الأصحاب فيه من التعليق ، فيما يقدّر له أثر ، فأما ما لا أثر له كتعليق ثوب ، أو غيره مما لا يؤثر على طول الدهر في السقف ، فلا منع منه ، ولا يُدرج في الخلاف الذي حكيناه ؛ إذ هو بمثابة الاستناد إلى الجدار المشترك الممتد بين الدارين . وقد يتعلّق بهذا الفصل أحكام من عمارة الأموال المشتركة .

### فصل

٤١٩٧- الأموال المشتركة إذا استرمت<sup>(٢)</sup> ، ومست الحاجة إلى العمارة ، فإن توافق الشريكان على العمارة ، أو على تركها ، فلا كلام .

٤١٢- وإن امتنع أحدهما عن العمارة ، ودعا الثاني [إليها]<sup>(٣)</sup> ، ففي إجبار / الممتنع عن العمارة قولهان : أقيسهما وهو المنصوص عليه في الجديد - أنه لا يجرّ الممتنع ؛ فإن [الملك]<sup>(٤)</sup> المشترك يشتمل على ملك الممتنع وعلى ملك غيره ، ويبعد أن يجرّ

(١) في الأصل : غير . والمثبت تقدير منا على ضوء المعنى .

(٢) استرمت : أي احتاجت إلى ترميم وإصلاح ، وفي هامش الأصل : استهدمت والمعنى واحد ، فاستهدمت أي آلت إلى الهدم ، وأوشكت عليه .

(٣) زيادة من المحقق .

(٤) زيادة من المحقق .

لملكه ، كما لو انفرد بملك شيء ، ويبعد أن يجبر لملك غيره .

والمنصوص عليه في القديم أن الممتنع يُجبر على العمارة ، وهذا القول مبني على مصلحة عامة لا سبيل إلى إنكارها ، ولو لم يفرض الإجبار ، لأفضى إلى ضرر بين ، سيما في القنوات ، وما في معناها من الضياع وغيره . وإن كنا نجبره على القسمة لضرر المداخلة في المساهمة ، فالضرر بترك العمارة أشد وأعظم .

### التفریع على القولين :

٤١٩٨- إن جرينا على الجديد وفرضنا الكلام في العلو والسفل ليقيس الناظر على محل الكلام ما في معناه ، قلنا : لو انهدم العلو ، والسفل ، وامتنع صاحب السفل من العمارة ، لم نجبره ، فإن قال صاحب العلو لصاحب السفل : أنت حامل ثقلني ، فأعد الأمر إلى ما كان ، واحمل ببناء السفل ثقل العلو ، لم نجبه إلى مراده في إجبار صاحب السفل ؛ فإن جدران السفل خالص ملكه ، فلم يُجبر على إعادتها . وما ذكره صاحب العلو من حقه / مردود عليه ؛ فإن ذلك إنما يثبت إذا بني السفل ، فأمّا الإجبار على تحصيل السفل لمكان العلو ، فلا سبيل إليه على هذا القول .

٤١٩٩- فلو قال صاحب العلو : أنا أبني السفل ، وأعيد عليه علو ، فلا يمتنع عليه البناء ، وإن كان ذلك تصرفاً في ملك صاحب السفل ؛ فإننا إن كنا لا نلزم صاحب السفل شيئاً ، فإبطال حق صاحب العلو محال ، ومنعه من التوصل إلى حقه في العلو ببناء السفل تعطيل لصاحب العلو .

ثم لا يخلو إما أن يعيده السفل بالنقض القديم من غير مزيد ، وإما أن يدخل فيه أعياناً من ملك نفسه ، وأي الأمرين فعل لم يمنع منه . أجمع الأصحاب عليه ، لما ذكرناه ؛ لأن المنع من ذلك تعطيل لحقه .

٤٢٠- ثم ينظر : فإن بني بالنقض القديم ، وكانت أعيان السقف الفاصل بين السفل والعلو عتيدة ، فلصاحب السفل أن يأوي إلى سفله ، وينتفع به على حسب ما كان ينتفع به قبل [من]<sup>(١)</sup> المسكن والاستظلال .

(١) زيادة اقتضاها السياق .

فلو قال صاحب العلو : اغْرَمْ لِي أَجْرَةَ الْبَانِينَ ، لَمْ يُعْجِبْ إِلَيْ ذَلِكَ . وَإِنْ قَالَ : أَمْنَعْكَ مِنِ السَّكُونِ<sup>(١)</sup> ، لَمْ يُعْجِبْ إِلَيْ ذَلِكَ ؛ فَإِنَّهُ أَوْيَ إِلَى مَلْكِ نَفْسِهِ . وَإِنْ قَالَ : إِذَا يَٰ ٢١٣ كَانَ / كَذَلِكَ ، فَأَنْقَضَ بَنَائِي ، وَأَرْدُدَ الْأَمْرَ إِلَى مَا كَانَ ، نُظُرَ : إِنْ لَمْ يَأْتِ بِعِينِ جَدِيدَةِ فِي الْبَنَاءِ ، فَلَيِسَ لَهُ نَقْصَهُ ؛ إِذْ لَيِسَ لَهُ فِي الْجَدَارِ إِلَّا حَقُّ الصَّنْعَةِ ، وَقَدْ كَانَ انْفَرَدَ بِهَا ، وَلَا سَبِيلٌ إِلَى اسْتِدْرَاكِ الصَّنْعَةِ ، فَالصَّنْعَةُ<sup>(٢)</sup> لَا تَسْتِدْرَكُ .

وإن كان أعاد جدران السفل بأعيانٍ من عند نفسه ، [فله نقضه]<sup>(٣)</sup> ، وليس له منعُ صاحب السفل من السكنى إلى اتفاق النقض ؛ لأنه يقول : أنا أدخل ملكي ، فلا سبيلٌ إلى منعه ، ثم حيث نمنعه من النقض - وذلك إذا لم يحدث عيناً في البناء - فلو هدم ، فالملذهب أنه يغَرِّم ما ينقضه النقض ؛ فإنه إذا بُنى ، فقد انقطع عمله ، والبناء على صفتة مملوك لصاحب السفل ، فإذا هدمه ، كان جانياً على ملك غيره . وسنمهد هذه القاعدة في كتاب الغصوب ، ونذكر فيها ضبطاً لبعض الأصحاب ، إن شاء الله تعالى .

٤٢٠١- ولو كان بنى السفل بأعيان ملكه ، فالذى ذهب إليه الأصحاب أنه لا يمنع صاحب السفل من الانتفاع بالسفل سُكْنِيًّا ، وليس للبناني إلا التفضُّل ، والرجوع إلى عين ماله .

٢١٣ ش وذكر صاحب التقريب وجهاً أن لصاحب العلو / الباني [منع]<sup>(٤)</sup> صاحب السفل فيقول له إما أن تبذل قيمة أعيان ملكي ، وإما أن تنكف عن الانتفاع بها ، وإذا دخلت السفل ، فقد انتفعت بالسقف والجدران ، وهي من أعيان ملكي ، وقد بنيتُ ولِي البناء .

وهذا وجهٌ غريبٌ غيرٌ معتمدٌ به ، والمذهب والقياسُ ما قدمناه ، من أن الباني لا يملك إلا نقضَ البناء ، فأما الممنع من الانتفاع ، فلا . والذي ذكره صاحب التقرير يشبه قياس المصالح ، والمصلحة تقتضي الإجبار على العمارة . وتفريعنا على الحديث .

(١) أى السكن .

(٢) في الأصل : والصنعة .

(٣) في الأصل: فلم يقضه.

(٤) في الأصل : مع .

٤٢٠٢ - فاما إذا قلنا بالقول الثاني ، وهو أن الممتنع مجبر على العمارة ، فلستا نعني بها عمارة تجلب مزيداً ، فإنما لو أجبرنا عليها ، فقد لا نجد لها موقعاً ، [سيما في]<sup>(١)</sup> ، وإنما الإجبار على العمارة التي لو تركت ، لاختل الملك بتركها ، ثم قد يتداعى الخلل .

فإن اتفق إجباره ، فلا كلام ، وإن لم يصادفه ، فالقاضي يبيع عليه ماله إن وجده ، وإن لم يجد له مالاً ، فله أن يستدين عليه ، وله أن يأذن للشريك في الإنفاق على شرط الرجوع على الشريك الغائب .

ثم الأولى أن يشهد على ما يجري ليكون/ أقطع للخصومة . ولو لم يُشهد ، وأنكر<sup>٢١٤</sup> صاحبه ، [إذ ذاك]<sup>(٢)</sup> يكون القول قول المنكر مع يمينه ، فإن استبد الشريك ، وأنفق بنفسه من غير مراجعة القاضي ، فالذى قطع به معظم الأصحاب أنه لا يرجع على شريكه . وذكر شيخي وصاحب التقريب وجها آخر أن للشريك أن ينفرد بالعمارة ، ويرجع ، وهذا الوجه خرجوه على ظفر صاحب الحق بغير جنس حقه ؛ فإنما في وجه نجوز له الانفراد ببيع ما ظفر به ، واستيفاء الحق من ثمنه .

وقال قائلون : إن أمكنه مراجعة الحاكم ، [فليس له]<sup>(٣)</sup> أن يستبد إذ ذاك بالإنفاق . وهذا أعدل الوجوه ، وله التفات إلى هرب الجمال واستئجار صاحب المتعاج جملاً ، وستأتي تلك المسألة ، إن شاء الله تعالى .

٤٢٠٣ - ثم قال الأئمة : كما اختلف القول في الإجبار على عمارة الملك المشترك ، كذلك اختلف القول في أن صاحب السفل هل يُجبر على العمارة ، مع العلم بأن السفل خالص حقه . ولكن يتعلق [بنائه]<sup>(٤)</sup> حق صاحب العلو ، فجرى الإجبار

(١) ما بين المعقوفين إما أنه جزء من جملة لم تتم ، أو هو مقحم في الكلام ، فالعبارة مستقيمة بدونه .

(٢) في الأصل : إذا أن ذلك . والمثبت اختيار منا على ضوء السياق .

(٣) في الأصل : فله أن يستبد . والمثبت تقدير منا نرجو أن يكون هو الصواب . بل تأكد أنه الصواب ، عندما أطلعنا على عبارة النووي في الروضة : ٢١٧ / ٤ .

(٤) في الأصل : بنائه .

على القول القديم على العمارة ؛ لمكان حق البناء لصاحب العلو .

ش ٢١٤ وإذا فرعنا / على القول القديم ، فبني صاحب العلو السفلَ بأعيان ملكه ، فلو أراد نقضه ، فقال صاحب السفل : لا تنقضه ، وأنا أغرم لك قيمة أعيان ملكك ، فأبى الباني إلا النقض ، فقد أجمع الأئمة في الطرق على أنه يمنع من النقض على القديم ، ونسعف صاحب السفل فنَقْنَعْ منه ببذل القيمة ؛ فإنما نفرع على القول القديم ، ومبناه على رعاية المصلحة ، والمصلحة تقتضي ما ذكرناه .

### فصل

٤٢٠٤ - إذا ملك الرجل بيته ، فجاء رجل واشتري منه حق البناء على سطحه ، فقد أجمع أصحابنا على جواز ذلك ، ودلل عليه نص الشافعي . ثم الذي أطلقه الأصحاب أنَّ<sup>(١)</sup> لهذا بيع ، واتفقوا على أنه لا يعتمد ملك عين ، ولم يتمتنعوا من تأييد العقد ، والقضاء بلزمومه ، وترددوا في جواز إنشاء هذا العقد بلفظ الإجارة ، فجوز بعضهم ذلك ، وامتنع آخرون مصيراً إلى أن الإجارة في وضع الشرع تستدعي إعلام المقصود<sup>(٢)</sup> بطريق النهاية ، وذلك يحصل بضرب المدة تارة ، وبذكر عملٍ متناهٍ أخرى : مثل الاستئجار على خيطة الثوب ونحوها .

٤٢٠٥ - يـ ٢١٥ فإن قيل : ما / وجه تسمية هذه المعاملة بيعاً ، ومقصودها منفعة ؟ قلنا : البيوع وإن كانت في الظاهر ترتبط بأعيانٍ تقضي بجريان الملك فيها ، فنهاية المقصود ترجع إلى الانتفاع ، وملك التصرف ، وهو ضربٌ من الانتفاع ، ولكن أضيفت المنافع إلى عينٍ هي متعلقةٌ بها ، ووضع<sup>(٣)</sup> عن جميع حقوق المنافع فيها بلفظ الملك .

٤٢٠٥ - قال المحققون : هذا النوع الذي نحن فيه بيع حقوق الأموال ، وقد قال الشافعي رضي الله عنه : الإجارة صفتٌ من البيوع ، وذهب المحققون إلى جواز عقد

(١) في الأصل : في أن . بزيادة لفظ (في) .

(٢) أي المقصود بالعقد .

(٣) وضع : أي اصطلاح ، وتتووضع ، وعُبِرَ .

الإجارة بلفظ البيع ، ومعتمد المذهب في ذلك ميسيس الحاجة إليه ، وهو مضمنون به ، يهون بذلك العوض في مقابلته . ثم إنما ينتظم لهذا النوع من الانتفاع بالتأييد ، كما أن مقصود النكاح ينتظم بالتأييد ، ولا ضرورة إلى تأييد الاستئجار للسكنون<sup>(١)</sup> وغيره من جهات الانتفاع ، والأبنية<sup>(٢)</sup> [وضعُها]<sup>(٣)</sup> التأييد . ويجوز الوصية بالمنفعة أبداً ؛ فإننا نحتمل في الوصية ما لا نحتمل في المعاملات . فهذا عقد المذهب .

٤٢٠٦- وذهب المزن尼 إلى أن هذه المعاملة فاسدة ، لخروجها عن قضية الإجارة والبيع جميعاً ، وهذا معدود من مذهب المختص<sup>(٤)</sup> به ، لم يخرجه / للشافعي . ٢١٥ ش واحتاج المزنني بأن قال : لو أخرج الرجل جناحاً في ملك غيره بعوض ، لم يصح ذلك ، فليكن ما نحن فيه بهذه المثابة .

قلنا له : ما استشهدت به يعتمد الهواء المحضر ، وأماماً حق البناء ، فإنه يتعلق بعين ، والدليل عليه أن المزنني لا يمنع استئجار بقعة مدة معلومة للبناء عليها ، ولا يجوز فرض مثل هذا في إشراع الجناح ، فبان افتراق الأصلين ، في باب جواز المعاملة ، في جواز أحدهما ونفيه في الثاني ، وأآل الكلام بعد ذلك إلى أنها نجوز تأييد المعاملة للحاجة الماسة ، كما تقرر ، ولا [نمنع]<sup>(٥)</sup> أيضاً من تقرير هذه المعاملة إن وقع التوافق عليها .

٤٢٠٧- وينتظم للفقيه في ذلك مراتب : إحداها - البيع . والتأييد مستحق فيه ؛ فإنه يتضمن التملك الحقيقي ، واستئصال حُق المتقدم<sup>(٦)</sup> بالكلية .

(١) السكون : السكن من وضع المصدر مكان اسم المصدر .

(٢) المراد الأبنية موضوع المسألة ، أي التي تبني فوق سطح يشتري لذلك .

(٣) في الأصل : وصيغها . وهو تصحيف واضح .

(٤) يميز إمام الحرمين بين شرح المزنني لكلام الشافعي ، والتخرير على نصوصه ، وبين اختيارات المزنني ، وتخريراته على غير نصوص الشافعي ، ومعانٍ كلامه ، ويسمى هذا مذهب المزنني .

(٥) في الأصل : يمتنع .

(٦) كذلك . والمعنى : « حُق المالك المتقدم » فعل لفظ (المالك) سقط من الناصخ .

[و][١) هذا يشعر على<sup>(٢)</sup> بقاء الملك للمكري<sup>(٣)</sup> ، ودخول المستأجر على وجه الإمام ، والأصل لغيره .

ثم هذا ينقسم إلى ما يجب ضبطه بالنهاية ؛ إذ لا حاجة إلى إثباته دون الضبط ، وفي هذا القسم ضرورات الإجرارات ، ويقع في هذا ما يظهر فيه قصد التأييد ، كما يٰ ٢٦ نحن فيه ، ولا يمتنع / تأكيذه أيضاً .

ومن المراتب - ما يقصد فيه المنفعة ، ولكن لا يتنظم أيضاً إثباته على نعم التأكيد [النكاح]<sup>(٤)</sup> ؛ فإن الغرض منه التواصيل والتوصيل<sup>(٥)</sup> إلى النسل ، وذلك ينافيه التأكيد .

[و][٦) لما كان النكاح يسوغ تأكيذه في ابتداء الإسلام - لعله<sup>(٧)</sup> - كان يشير إلى اكتفاء بعض الناس بقضاء الأوطار أيامًا معدودة ، ثم استقر الشرع على استحقاق التأييد ؛ ليقع النكاح على وضعه ، ثم قدرة الزوج على الطلاق تُفيده الاستمكان من الخلاص إن أراد .

٤٢٠٨ - ثم ما ذكرناه من المعاملة لا يختص بحق البناء ؛ إذ لو أراد ابتياع حق الممر ، أو حقّ مجاري الماء ، أو مسليه<sup>(٨)</sup> في ملكه ، ساغ ذلك كله . والضابط أنها حقوق مقصودة ، تتعلق بأعيان الأملاك .

وهذا يُقْضَى<sup>(٩)</sup> من لا خبرة له بالحقائق ، وزعم أن هذه المعاملات بيعُ ، والمبيع

(١) زيادة من المحقق . والإشارة (هذا) إلى ما نحن فيه من بيع حق البناء على السطح .

(٢) كذا . (على) هنا بمعنى (الباء) أي : «يُشعر ببقاء الملك للمكري» .

(٣) العبارة فيها نوع اضطراب ، وسقط ، فالمعنى : «وبيع حق البناء فوق السطح هذا يشبه الإجارة ، فهي تشعر ببقاء الملك للمكري ، ودخول المستأجر على وجه الإمام ، والأصل لغيره » راجع هذا المعنى ، والحكم بأن هذا يشبه الإجارة من جهة ، والبيع من جهة أخرى ، عند الإمام النووي - الروضة : ٤/٢١٩ وما بعدها . وانظر الأشباه والنظائر للسبكي ؛ فقد نقل هذا الكلام عن النهاية ، ورتبه وفصله على نحو ما أشرنا . (ر. الأشباه والنظائر : ٢/٣٠٦، ٣٠٧) .

(٤) زيادة من المحقق .

(٥) في الأصل : والتواصيل .

(٦) في الأصل : لما كان (بدون الواو) .

(٧) الضمير في «لعله» يرجع إلى (التأكيد) .

(٨) في الأصل : أو في مسليه .

(٩) كذا . والمعنى واضح من السياق ، على أية حال . وإن كنا لم نصل إلى صاحب هذا القول ، =

منها الصفحة العليا من الموضع الذي يتعلّق الحق به ، وإنما أتى هذا القائل من ضيق العطن<sup>(١)</sup> ، وبلاّدة الفِطْنَ ، والمصير إلى [أن]<sup>(٢)</sup> ما سماه الشرع<sup>(٣)</sup> بيعاً يستدعي عيناً مملوكة<sup>(٤)</sup> .

وقد مهدنا القول في هذا بما فيه أكمل مقنع .

٤٢٠٩- ثم إذا تمهدت المعاملة ، فلا بد فيها / - وإن تأبَّدت - من الإعلام اللائق ش٢١٦

بها ، فإن كان مقصودها البناء على جدار ، فلا بد من إعلام المبني ؛ فإن الغرض يختلف بذلك ، فتذكرة الجدران طولاً وعرضًا ، وتوصف بكونها مُطبقة أو رَصْفًا ، وتوصف السقوف بما يثبتها ، ولم يشترط معظم أصحابنا ذكر الوزن ، وحُكِيَ شيخنا عن بعض الأصحاب اشتراط ذلك . وهذا غلوٌ ومجاوزة لحكم العادة في الإعلام .

٤٢١٠- ومن اشتري من أرضٍ حقَّ البناء عليها ، فلا حاجة [بعد]<sup>(٥)</sup> تعين الأرض وإعلام رقتها إلى إعلام القدر المبني ؛ فإن الأرض تحتمل كلَّ ثقل . وعلى هذا قال الأئمة: لا يجوز أن يقول الباني على العلو : أبني ما أشاء ، ويجوز إيراد المعاملة على الأرض بهذه الصيغة .

٤٢١١- ومن لطيف ما يذكر في ذلك أن من اشتري البناء على علوٍ ، وصح له ما يبغيه ، ثم انهدم السفل ، فالقول في عمارة السُّفل والإجبار عليها ، كما تقدم .

٤٢١٢- والغرض الآن أن ما اشتراه إذا سُلِّمَ إليه ، وثبتت يده عليه ، ثم فرض التلف ، فلا يكون ذلك بمثابة انهدام الدار المكراة ؛ فإن الإجارة تنفسخ ، وقد تقدّم أن المقتصود/ من المعاملة التي نحن فيها منفعة مؤبدة ، فلا انفساخ ؛ إذ لا خلاف أن ٢١٧ ي

= الذي وصفه الإمام بهذه الصفات .

(١) ضيق العطن : قلة الحيلة ، والعجز (معجم) .

(٢) زيادة اقتضاها السياق .

(٣) في الأصل : ما سماه علماء الشرع . (وواضح أن لفظ (علماء) مقحمة في الكلام) .

(٤) مملوكة ، أي تملك بعقد البيع للمشتري .

(٥) في الأصل : إلى تعين . وهذا تقديرٌ منا .

السفل لو أعيد ، فحق البناء ثابتٌ لمستحقه ، والدار لو أعيد بناؤها ، لم تعد الإجارة التي حكمنا بانفساخها .

فخرج مما ذكرناه أن التلف بعد التسليم لا يوجب الانفساخ ، والعوض المأخوذ لا يرتد ، ولكن من أتلف هذا الحق على إنسانٍ ، ضمن له قيمته ، فيقال له : [أغرم]<sup>(١)</sup> قيمة حق البناء على هذا الموضوع .

**٤٢١٣** - ولو باع صاحب السفل حقَّ البناء ، ثم إنَّه أتلف السُّفل بعد التسليم ، وغermenah القيمة كما ذكرناه ، وقررنا العوض في يده ، فلو أعاد البناء بعد سنة مثلاً ، فيعود حق البناء . ويسترد تلك القيمة ، ويُقضى بأنها سلمت في مقابلة الحيلولة ، كما يغرِّم الغاصب قيمة العبد المغصوب إذا أبق ، وإذا رجع استرد العوض المبذول على مقابلة الحيلولة .

**٤٢١٤** - فإنْ قيل : فهل يغرِّم متلفُ السفل لمستحق البناء على العلو أجرة البناء للمرة التي دامت الحيلولة فيها ؟ قلنا : لا سبيل إلى ذلك ؛ فإنَّ هذا مما يبعد ش ٢١٧ تبعيشه ، ومن هدم على رجلِ داره ، غرم أرشَ النقض ، ولم يغرِّم قيمة/ منفعة [الدار]<sup>(٢)</sup> بعد هدمها ، كذلك القول في إتلاف السفل ، وتعطيل حق البناء .

ومن هذا الوجه يُشَبَّه المعقوف عليه في هذه المعاملة بالعين المملوكة تتلفُ .

والذي يوضح المقصود : أنَّ حق البناء إذا عاد ، فقيمتها - وهو مؤيد - لا تنقص عن قيمتها قبل هذا بسنين وهو مؤيد ، فإنَّ ما يقدّر لا يُحطُّ مما لا يتناهى .

وليس من حصافة الفقيه أن يقول : قد يستأجر الرجل علواً للبناء عليه عشر سنين ، فلنوجب مثلَ ذلك العوض على من أوقع الحيلولة في تلك المدة ؛ فإنَّ مسألتنا مفروضة فيه إذا عاد إليه الحق المؤيد ، فليفهم الناظر ، [وليتأنَّ]<sup>(٣)</sup> في هذا المقام .

**فِيْجَعَ :** **٤٢١٥** - إذا كان للإنسان حقٌّ مجرىٌ ماءٌ في ملك غيره واسترم<sup>(٤)</sup> ذلك

(١) في الأصل : كم .

(٢) في الأصل : الدور .

(٣) في الأصل : « وليتأنِّي » .

(٤) في هامش الأصل : « واستهدم » (نسخة أخرى) .

[المجرى]<sup>(١)</sup> ، فلا يجب على صاحب [الحق]<sup>(٢)</sup> المشاركة في العمارة ؛ فإن تيك العمارة تتعلق بأعيان الملك ، وليست الأعيان لمستحق المجرى .

ولو كان ذلك [الاحتلال]<sup>(٣)</sup> بسبب جريان الماء ، فعمارة المجرى على من ؟ هذا محتملٌ عندي ، والظاهر أن العمارة لا تجب على مستحق الجري ، ولعلنا نطلع [في]<sup>(٤)</sup> ذلك على تصرفِ بعض الأصحاب فنلتحق بهـذا المـحل .  
٢١٨

### فصلٌ ثالثٌ

٤٢١٦ - إذا كان لرجل سفل دارٌ ، أو سفل خانٌ<sup>(٥)</sup> ، وما فيه من بيوت ، وأروقة ، وصفف<sup>(٦)</sup> ، وكان علو الخان الآخر ، وصاحب العلو كان يرقى من درج في السفل إلى علوه . فلو تنازعـا في العـرصةـ هيـ فيـ يـدـ منـ ؟ـ فـكـيـفـ التـفـصـيلـ ؟ـ قـالـ عـلـمـائـونـاـ :ـ إـنـ كـانـ المرـقـىـ فيـ آخـرـ الخـانـ ،ـ بـحـيـثـ يـخـرـقـ المـاشـيـ إـلـيـهـ العـرـصـةـ ،ـ فـالـعـرـصـةـ .ـ وـالـحـالـةـ هـذـهـ .ـ فـيـ يـدـ صـاحـبـ السـفـلـ وـالـعـلـوـ جـمـيـعـاـ ؟ـ فـإـنـهـ مـحـلـ اـنـتـفـاعـهـمـاـ .ـ أـجـمـعـ الأـصـحـابـ عـلـىـ هـذـاـ فـيـ الـطـرـقـ .ـ

وفي القلب من هذا أدنى شيء ؛ من جهة أنا لا نلقـى لصاحب العلو في العـرـصـةـ إلا حقـ المـمـرـ ،ـ وـقـدـ قـدـمـناـ فـيـ الـفـصـلـ السـابـقـ أـنـ حـقـ المـمـرـ يـجـوزـ أـنـ يـشـتـرـىـ عـلـىـ حـيـالـهـ ،ـ وـوـجـدـنـاـ لـصـاحـبـ السـفـلـ حـقـ المـمـرـ ،ـ وـالتـبـسـطـ فـيـ العـرـصـةـ ،ـ بـالـوـضـعـ فـيـهاـ ،ـ وـالـجـلـوسـ ،ـ وـماـ شـاءـ مـنـ ذـلـكـ ،ـ وـكـانـ لـاـ يـبـعـدـ فـيـ طـرـيقـ الـمـعـنـىـ أـلـاـ يـثـبـتـ لـصـاحـبـ العـلـوـ

(١) في الأصل : الماء . ( وهو سبق قلم ) .

(٢) زيادة اقتضاها السياق .

(٣) في الأصل : لاحتمال .

(٤) في الأصل : على .

(٥) الخان : فارسيٌ بحث ، وهو الحانوت ، وهو موجود في جميع اللغات الشرقية الدارجة ، ويطلق على الدكان ، والمخدع ، والمانحور . ( هـذـاـ مـاـ قـالـهـ أـدـيـ شـيرـ .ـ فـيـ معـجمـهـ : الـأـنـفـاظـ الـفـارـسـيـ الـمـعـرـبـ )ـ وـفـيـ الـمـعـجمـ الـوـسـطـيـ :ـ فـارـسـيـ مـعـربـ ،ـ بـمـعـنـىـ :ـ الـفـنـدقـ ،ـ وـالـحـانـوتـ ،ـ وـالـمـتـجـرـ ،ـ وـالـحاـكمـ .ـ قـلـتـ :ـ وـالـمـرـادـ هـنـاـ :ـ الـمـتـجـرـ .ـ

(٦) صفـ : جـمـعـ صـفـةـ ،ـ وـهـيـ الـظـلـةـ ،ـ وـالـبـهـوـ الـوـاسـعـ الـعـالـيـ السـقـفـ .ـ (ـ مـعـجمـ )ـ .ـ

إلا حُقُّ الممْرَ ، فَأَمَا الْمَلْكُ فِي رَقْبَةِ الْعَرْصَةِ ، فَلَا .

ولم يصر إلى هذا أحدٌ من الأصحاب ؛ فإنَّ المقصود الظاهر من العرَصات ش ٢١٨ المرور ؛ والذِّي يرقى / إلى العلو لا يلزمه أن يستدَّ<sup>(١)</sup> في مقابلة المرقى ، ولو أراد أن يجلس ساعة ، أو يقف ، فلا منع . وكذلك جرى العُرف بأن صاحب العلو لا يُمنع من وضع شيء في عرصة الخان .

فهذا مُنتهي القول في ذلك .

٤٢١٧ - ولو كان المرقى في دهليز<sup>(٢)</sup> الخان ، فتنازعوا في ذلك ، فقد ظهر اختلاف الأصحاب في ذلك : فمنهم من قال : اليد فيها لصاحب السفل . ولعله الأصح ، ووجهه بِينَ .

ومنهم من قال : هي في أيديهما ، وهذا الخلاف قرئه الأصحاب من التردد الذي ذكرناه في السكة المنسدة<sup>(٣)</sup> الأسفل<sup>(٤)</sup> ، إذا أشرع بعض السكان جناحاً في أسفل السكة ، فهل يثبت لمن أعلاها حُقُّ الاعتراض ، ولا ممْرَ له في أسفل السَّكَةِ ، وهذا التشبيه قريب .

ويمكن أن يقال : العلو محتفٌ بالعرصه احتفاف السفل ، والهواء [محتوش]<sup>(٥)</sup> بالسفل والعلو ، فلا يبعدُ والحالة هذه أن تضاف العرصة إليهما ؛ فإنه يقال : صحن الخان ، وعرصه الخان ، والعلو والسُّفل من الخان . وهذا الذي ذكرناه ظاهر فيه إذا كان مالك العلو يحيط ملكه بالعلو كله .

٤٢١٩ - وإن ملك بعضاً منه ، وملك / إنسان بعضاً من السُّفل ، فالاستحقاق من المستحق على قدر الاستحقاق في السفل والعلو ، على التفصيل الذي ذكرناه .

(١) يستد : يستقيم .

(٢) الدهليز : المدخل بين الباب والدار . (معجم) .

(٣) في الأصل : المفسدة . وهو تصحيف عجيب .

(٤) في الأصل : الأسفل فيه إذا .

(٥) في الأصل : مخصوص . والمثبت من نسخة أخرى (بالهامش) .

٤٢١٨- ولو كان المرقى على نصف العرصة لا في صدر الخان ، فإن قلنا : اليد في العرصة لها ما لو كان المرقى في الدهليز ، فما الظن بهذه الصورة ؟ وإن قلنا : يختص باليد على العرصة صاحب السفل ، إذا كان المرقى في غير الدهليز ، فاليد تثبت لصاحب العلو على ما يُسامت ممساه من العرصة ، وفيما وراء المرقى التردد الذي ذكرناه في أعلى السكة وأسفلها .

وهذه الصورة على حال أولى بأن تثبت اليد فيها لصاحب العلو على ما لا ممثى له فيه من العرصة .

٤٢١٩- ولو كان مرقى العلو خارجاً من خطبة الخان ، فيبعد - والحالة هذه - أن يثبت لصاحب العلو يدُّ في العرصة ، وليس كما لو كان المرقى في الدهليز ؛ فإنَّ الدهليز من العرصة ، فكان من العرصة كأعلى السكة من أسفلها .  
هذا قولنا في العرصة وثبتوت اليد فيها .

٤٢٢٠- فأمّا الدرج والمرقى ، فقد قال الأصحاب : إن لم يكن لصاحب السفل به انتفاع ، ولم يكن تحته/ بيت مسكون ، فاليد في المرقى لصاحب العلو فحسب . وإن ٢١٩ ش كان يتتفع صاحب السفل بالدرج ، بأن كان يصفف عليها الصفرىات<sup>(١)</sup> وغيرها ، ففي المسألة وجهان : أحدهما - أن اليد لصاحب العلو ، كما ذكرناه .  
والثاني - أنهما مشتركان ؛ فإنهما مشتركان في المنفعة .

والأصح الأول ؛ فإن الدرج لا تبني لذلك ، وإنما تبني للرقى فيها .  
ولو كان تحت المرقى بيت ، وهو سقفه ، فاليد لهما في الدرج ؛ فإنها سقفُ أحدهما من جهة ، وممِّرَ الآخر من أخرى ، فصار كالسقف من السفل والعلو .  
ولو كان لا يتتفع صاحب السفل إلا بوضع الجدار والكزيان<sup>(٢)</sup> تحت الدرج مستظلاً

(١) الصُّفْرُ (بضم الصاد) : النحاس ، وفي (اللسان) : قال الجوهري : الذي تُعمل منه الأواني .  
أ.هـ. والمقصود هنا الأواني النحاسية . (ولعلها كانت وسيلة لعرض البضائع وحفظها) .

(٢) الكزيان : لم أصل إلى معنى لوضع (الكزيان) تحت الدرج ، والاستظلال بها . وعلى فرض أن الضمير يعود على الجدران ليكون الاستظلال بها ، فما معنى اختصاص الكزيان وحدها

بها ، فالظاهر أن ذلك لا يوجب له يدأ في الدرج ، وفيه شيء بعيد .

٤٢٢١- وأصل الدرج في يد من الدرج في يده ؛ فإن مغرس الشجر ، وأسأَ الجدار في يد من له اليد في الشجرة والجدار .

وقد نجز الغرض من المسائل المقصودة في الصلح . وذكر المزني فصولاً معادة ، قليلة الفائدة ، سنجمعها في فصلٍ في آخر الكتاب .

### فصلٌ في آخره

ي ٢٢٠ قال : « وإن كان لرجل شجرة ، أو نخلة ، فاستعملت أغصانها . . . / إلى آخره »<sup>(١)</sup> .

٤٢٢٢- إذا غرس الرجل شجرة في ملكه ، فعلت وانتشرت أغصانها في هواء ملك الغير ، فله أن يمنعه من ذلك ؛ فإن هواء ملكه حقه ، وإن أمكن صرف الأغصان عن الهواء ، بأن تضم إلى الشجرة ، كفى ذلك ، وإن كان لا يتأنى تفريغ الهواء إلا بقطع الأغصان ، فلا بد من قطعها ، إذا طلب صاحب الهواء تفريغه .

وانتشار العروق تحت الأرض ، كانتشار الأغصان في الهواء ، والأرض أولى بالتنمية ؛ فإنها مملوكة ، والهواء حق الملك ، والشكایر<sup>(٢)</sup> التي تنبت على العروق المنبثة لملك العروق ، وإن حدثت في ملك الغير ، خلافاً لأبي حنيفة .

بالوضع تحت الدرج ؟ ولعل في الكلام تصحيفاً . أو أن الكلمة ( عامية ) من ألفاظ التجار في ذلك العصر . هنذا مع أننا لم نجدها في معاجم المعرب والدخل ( للشهاب الخفاجي ، وأدي شير ، والجواليقي ) .

وعبارة الرافعي : « وإن كان تحته ( الدرج ) موضع حب أو جرة ، فوجهان . . . والأصح أنه لصاحب العلو ، لظهور بنائه لغرض صاحب العلو ، وضعف منفعة صاحب السفل » : فتح العزيز : ( ٣٣٦ / ١٠ ) بهامش المجموع .

(١) ر . المختصر : ٢٢٥ / ٢ .

(٢) الشکایر : جمع شکیره ، وهو ما ينبت حول الشجرة من أصولها . ( معجم ) .

## فصل يجمع المسائل التي ذكرها المزنني

٤٢٢٣ - ونحن نورد صورها ، ونرمي إلى المعاد ، ونذكر ما يشتمل على فائدة جديدة . فمما ذكره : أن<sup>(١)</sup> من صالح عن دراهم بدنانير ، أو عن دنانير بدراهم ، أو عن عين بدين ، أو عن دين بعين ، وكل هذا مما تقدم . وممّا زاده أنه إذا جرى القبض في المجلس ، فيتعلق القول بتفریق الصفقة<sup>(٢)</sup> .

٤٢٤ - وممّا ذكره أن من ادعى داراً في يد إخوة ، وكانت تحت / أيديهم على حكم ٢٢٠ ش الإرث في الظاهر ، فقال المدعي : هذه الدار لي ، كان غصباً أبوكم مني ، فلو صدقه أحد الإخوة ، وكذبه [آخران]<sup>(٣)</sup> . فيثبت الثالث بتصديق ذلك المصدق .

فلو صالحه الأخ المقر على جميع الدار ، فنقول : أما صلحه عما في أيدي إخوته ، فسبيله كسبيل صلح الأجنبي عن العين المدعى عليه مع إنكاره ، وقد مضى ، فإن صححناه ، فذاك ، وإن أبطلنا الصلح في حق الآخرين ، فهل يصح في حقه ؟ فعلى قولي تفریق الصفقة ، وقد مضى هذا في تأصيل الكتاب .

### فِصَالِحُ

٤٢٢٥ - إذا ادعى على رجلين داراً ، فأقر له أحدهما بنصيبيه ، وأنكر الثاني ، فقد ثبت النصف بحكم الإقرار للمدعي ، ولو صالحه المقر عن النصف الذي أقر به على مالٍ ، فالصلح صحيح بينهما . ولو قال الأخ المنكر : آخذ لهذا النصف بالشفعة ، نظر : فإن كان سبب استحقاق كل واحد منهمما مخالفًا لسبب استحقاق الثاني ، فيثبت

(١) لفظة (أن) لا موضع لها هنا ، فالكلام بدونها مستقيم ، والفقرة كلها فيها شيء .

(٢) واضح أن هنا سقطاً في الكلام ، فأي تفریق للصفقة إذا جرى القبض في المجلس ؟ ولعلها : « فإن جرى القبض في المجلس في بعض ، وبقي بعض ، فيتعلق القول بتفریق الصفقة » والله أعلم .

(٣) في الأصل : الآخر . والمثبت تقدير منا رعاية للسياق .

(٤) في هامش الأصل : فرع - في نسخة أخرى .

للمنكر حق الشفعة ، لأن كان أحدهما اشتري نصيبه ، والثاني ورثه من جهة أخرى ، ي ٢٢١ أو أتهبه . والسبب فيه / أن السبب إذا اختلف ، فليس في إنكار المنكر في نصيبه تكذيب المدعى في نصيبي صاحبه ، وإن كان ثبت حقهما ظاهراً من جهة واحدة لا تنقسم كالإرث مثلاً ، فإذا أدعى عليهمَا ، فأقر أحدهما ، وأنكر الثاني ، ففي [ضمن]<sup>(١)</sup> إنكار المنكر تكذيب المدعى في جميع دعواه ، فإذا جرى الصلح ، وحكمنا بصحته بين المدعى والمقر ، فالذهب الظاهر أنه لا يثبت حق الشفعة للمنكر ، وأبعد بعض أصحابنا فأثبتت له الشفعة ، وهذا بعيد ، لا أصل له ؛ فإن الإنسان مؤاخذ بحكم قوله في حق نفسه .

٤٢٦ - وممّا ذكره المزن尼 أن من ادعى داراً في يد إنسان ، فأقر المدعى عليه بها ، ثم صالحه على أن يبني<sup>(٢)</sup> على سطحها ، [جاز]<sup>(٣)</sup> ، وهذا كلام عربي عن التحصيل ، وحاصله أنه أقر بالدار ، ثم طلب منه أن يُغير منه سقفها ليبني عليه ، وليس هذا مما يورد في المختصرات .

٤٢٧ - وممّا ذكره المزنني نقاً عن كتاب أدب القاضي<sup>(٤)</sup> أن الشافعي قال : «لو كان البيت علوه لواحد ، وسفله لآخر ، فأرادا أن يقتسماه على أن يصير العلو لصاحب ش ٢٢١ السُّفل ، والسفل لصاحب/ العلو ، قال الشافعي : لا يجوز ذلك» . وإنما نقل هذا تأكيداً لمذهبه في أن حق البناء لا يجوز بيعه ، وهذا كلام مضطرب ؛ فإنه يجوز بيع العلو بالسفل ، وإنما أورد الشافعي هذا في سياق ما لا يجر عليه من أنواع القسم ، وعد منها ما نقله ، ولم يُرد منع التبادل إذا صدر عن تراضٍ منهما ، ثم أتى هذا من مراد المزن尼 في

(١) في الأصل : ضمان .

(٢) أي المدعى عليه المقر ، كما هو صريح لفظ النووي : الروضة : ٤/٢٢١ .

(٣) سقطت من الأصل ، وزدناها ، حيث لا يتم الكلام بدونها . وهذا لفظ النووي في المرجع السابق نفسه . والمزنني يمنع ذلك ، بناء على أصله في منع بيع حق البناء على السطح . (مختصر المزن尼 : ٢٥/٢) .

(٤) ر. مختصر المزنني : ٢/٢٦ . ونص عبارته : «هذا عندي غير منعه في كتاب أدب القاضي أن يقتسم داراً على أن يكون لأحدهما السفل ، ولآخر العلو ، حتى يكون السفل والعلو لواحد» .

بيع حق البناء ، والمسألة التي نقلها في بيع العلو بالسفل ، والعلو مبني كالسفل .

٤٢٢٨ - وما نقله المزني مسألة معادة في شراء الزرع<sup>(١)</sup> ، ونحن نظردها بمزيد فائدة فيها ، فنقول : إذا أدعى رجل على زرعه في أرضي ، فاعترف المدعي عليه ، وصالح عن الزرع على شيء ، فلا بد من شرط القطع ؛ فإن الصلح مع الإقرار بيع . وإن لم يجر شرط القطع ، والأرض لغير المقر ، لم يجز .

وإن كانت الأرض للمقر، ففي المسألة وجهاً ، تقدم ذكرهما ، في باب بيع الشمار ، إذ ذكرنا أن من اشتري النخلة والثمرة جميعاً ، فليس عليه شرط القطع ، وإن اشتري الثمرة وحدها قبل بذو الصلاح ، فلا بد من شرط القطع . وإن كانت الشجرة له والثمرة لغيره ، فاشتري الثمرة ، وضم / ملكها إلى ملك الشجرة ، ففي اشتراط القطع ٢٢٢ يـ . الخلاف الذي ذكرناه الآن في الزرع .

٤٢٢٩- فلو أقر المدعى عليه بنصف الزرع ، ثم أراد بيعه ، وهو أخضر ، أو  
المصالحة عنه حيث يشترط القطع ، فالبائع فاسد ؛ فإن قطع النصف غير ممكن ،  
ولا يتوصل إليه إلا بقطع الجميع <sup>(٢)</sup> .

قال الأصحاب : لا يتصور [شراء]<sup>(٣)</sup> نصف الزرع بشرط القطع ، إلا في صورة واحدة ، وهي إذا كانت الأرض والزرع مشتركين بين شخصين ، فاصطلحا على أن يصيير الزرع خالصاً لواحد ، والأرض خالصة لآخر ، بشرط القطع . قيل : يصح ، ويلزم قطع النصف ، بحكم شرط القطع فيه ، وقطع النصف بحكم تفريح المبيع<sup>(٤)</sup> ، وهي الأرض ، وهذا فيه نظر .

وقد منع طائفة من المحققين البيع في هذه الصورة أيضاً؛ فإن تفريغ الأرض من

(١) ر. مختص المزنی : ٢٢٦/٢ .

(٢) لأن الإقرار بنصف شائعاً في جميع الزرع، فلا يتأتى قطعه وحده.

(٣) في الأصل : سوى . والمثبت تقدير منا رعاية للسياق .

(٤) أي في هذه الحالة يصح شرط قطع النصف؛ لأن الزرع سيقطع كُلُّه، نصف بشرط القطع، ونصفه للأخر إخلاء للمقيم.

الزرع لا يجب بقطعه ، وإذا شُرط ، لم يجب الوفاء ، فيبقى تعلّق استحقاق القطع . ثم الذين قالوا بالصحة ، بناءً على شرط تفريح الأرض ، فلست أدرى ما قولهم في أن شن ٢٢٢ شرط التفريح هل يجب الوفاء به ؟ أم هو على الجواز ؟ هذا / محتمل ؟ من جهة أن هذا ليس في المعقود عليه من الزرع ، وإنما هو في بيع حصة من الأرض . ولو باع رجل أرضاً مزروعة ، واستثنى الزرع لنفسه ، وشرط قلع الزرع ، وتفریح الأرض منه ، ففي وجوب الوفاء تردد للأصحاب ، قدمت رمزاً إليه في بيع الشمار . وهذا منزَّلٌ على ذلك .

**فَيَرْجِعُ :** ٤٢٣٠ - إذا كان للرجل حقٌّ مسيل ماء في أرض الغير ، فليس له أن يدخل الأرض من غير سبب وحاجة . ولكن إن مسَّت الحاجة إلى تنقيته من الحمأة<sup>(١)</sup> ، وسدَّ البثق<sup>(٢)</sup> ، وغيره ، فله طرائق الأرض ، لهذا السبب . هكذا قال الأصحاب .

\* \* \*

(١) الحمأ : الطين الأسود المتن ، والحمأة القطعة منه . ( معجم ) وهو يتربّس عادة في مجاري المياه ، فيعوق سيرها .

(٢) البثق : موضع اثبات الماء من نهر ونحوه ( معجم ) .

## كتاب الحوالة

٤٢٣١- الأصل في الحوالة ما روى أبو هريرة رضي الله عنه ، عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « مطل الغني ظلم وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع »<sup>(١)</sup> . وفي رواية « لي الواجد ظلم ، فإذا أحيل أحدكم على مليء ، فليختل ». والحوالة مجتمع عليها ، ونسميتها من طريق المعنى الارتفاع الظاهر ، وهي في مخالفتها قياس<sup>(٢)</sup> البياعات ، لما فيها/ من الحاجة الحادة - تشبه<sup>(٣)</sup> القرض ، ٢٢٣ ي والسلم ، والإجارة ، وكل عقد أثبته الشرعاً مُرفقاً خارجاً عن قياس النظائر .

٤٢٣٢- وأصل الحوالة في اللغة من الإحالة والتحويل ، وصورتها في محل الوفاق بيته ، ومدارها على ثلاثة أشخاص : المحيل - وهو من عليه الحق ، والمحتال - وهو صاحب الحق ، والمحال عليه - وهو الذي يحال بالحق عليه ، وعليه للمحيل مثل ما كان للمحتال على المحيل ، ولا يخفى أن الحوالة متضمنها مقابلة دين في ذمة بدين في ذمة أخرى .

٤٢٣٣- وقد اختلفت عبارة الأئمة عن حقيقتها وماهيتها ، فقال قائلون : الحوالة معاوضة ؛ لأن المحتال يتعاضد ما للمحيل في ذمة المحال عليه عمّا له في ذمة المحيل ، والمحيل يعوضه ماله في ذمة المحال عليه عمّا عليه للمحتال .

٤٢٣٤- وقال قائلون من أئمتنا : الحوالة استيفاء ، ومن كان له دين ، فاستوفاه ،

(١) حديث أبي هريرة متفق عليه . وقد سبق الكلام عنه ، وعن الرواية الأخرى في أول باب حبس المفلس .

(٢) في الأصل بالرفع (قياس) وهو من الأخطاء الكثيرة في هذه النسخة السقيمة .

(٣) هذه الجملة الفعلية في محل رفع خبر لقوله : « وهي في مخالفتها... » .

فما قبضه ليس نفس الدين ؛ فإن الدين لم يكن متعيناً ، وليس ما عُين عوضاً عن الدين هو الدين أيضاً ، بل هو الحق الموقَّى ، كذلك الحوالة أقيمت استيفاء حقًّ ، حتى كأن ش ٢٢٣ المحتال استوفى ما في ذمته<sup>(١)</sup> عما كان له في ذمته<sup>(٢)</sup> ، / وصار استحقاقه على المحال عليه ، وحلوله محل المحيل نازلاً متزلة استيفاء عين عن دين .

٤٢٣٥ - وقال قائلون : تسمية الحوالة معاوضة محضة غير سديد ، وتسميتها استيفاء محضاً غير سديد ، والصحيح أنها متركة من المعاوضة والاستيفاء ، فهي معاوضةٌ ضمِّنت استيفاءً ، واستيفاءً بطريق المعاوضة . وأقرب شيء شبهها بها ما لو أخذ مستحق الدين عوضاً عما له في ذمة المديون ، فهذه معاوضة تضمنت استيفاء الحق .

٤٢٣٦ - وذكر شيخي بعد تزيف محض المعاوضة والاستيفاء قولين عن ابن سريح في حقيقة الحوالة : أحدهما - أنها معاوضة باستيفاء ، والثاني - أنها ضمان بإبراء ، فكان هو<sup>(٣)</sup> عن حق المحيل .

أما القول الأول - فهو الصحيح . وحاصل الخلاف أن الغالب على الحوالة معنى المعاوضة ومعنى الاستيفاء ، فأما تضمنها المعنيين ، فلا خلاف فيه .

وأما القول الثاني - وهو أنها ضمان بإبراء ، فليس له معنى في أصل الحوالة ؛ فإن المحتال يملك ما في ذمة المحال عليه في مقابلة ما كان له على المحيل ، وإنما تحسن ش ٢٢٤ هذه العبارة إذا لم يكن على / المحال عليه دين ، كما سنصف ذلك بعد هذا ، إن شاء الله تعالى .

٤٢٣٧ - ثم الأصل في الحوالة الأشخاص الثلاثة الذين ذكرناهم . ورضا المحيل والمحتال<sup>(٤)</sup> معتبرٍ ، أما رضا المحيل ؛ فإنما اعتبر؛ لأنه مالك الدين على المحال عليه ، فلا يُستَحْقُّ عليه ماله على المحال عليه دون رضاه ، وأما المحتال ، فتحقق ثابت

(١) ما في ذمته : أي ما في ذمة المحال عليه .

(٢) عما كان له في ذمته : أي ذمة المحيل . وعبارة الأصل : «عما كان له (ما) في ذمته» بزيادة لفظ (ما) ولعل في العبارة سقطاً أو خللاً .

(٣) كذا . والمعنى : فكأن المحال عليه ضمن الحق عن المحيل ، وأبرأ المحتال .

(٤) في الأصل : «والمحتال عليه» بزيادة كلمة (عليه) . وهو سبق قلم من الناسخ .

على المحيل ، فلا يتحول حُقْه دون رضاه . والعبارة الجامعة لهما أنهما على مرتبة المعاوضين ، فلا بد من رضاهما .

وأمّا المحال عليه ، فالذهب أنه لا يشترط رضاه؛ لأنّه متصرّفٌ فيه؛ ورضا محل التصرف لا يشترط في المعاملات ، والمحل والمحال متصرفان . وقال أبو حنيفة<sup>(١)</sup> يعتبر رضا المحال عليه ، وهو اختيار الإصطخري من أصحابنا . وهذا ضعيف لا اتجاه له .

٤٢٣٨ - وممّا نذكره في تأسيس الكتاب التفصيـل فيما تجري الحوالة فيه . قال الأئمة : يشترط فيما تجري الحوالة فيه أمران : أحدهما - التجانس بين الدينين . والثاني - استقرار الدين ، ولزومه ، على ما نصفه .

٤٢٣٩ - فأمّا القول في التجانس ، فلا تصح إحالة الدرهم على الدنانير ، وإحالة الدنانير على الدرهم ، وكذلك لا يصح إحالة الصحاح / على المكسر ، وإحالة المكسرة ش ٢٢٤ على الصحاح ؛ فإن الحوالة إذا اشتتملت على ما ذكرناه ، لم تخل عن عوض للمحيل أو المحال ، يستفاد منه في المعاوضات المحسنة ، وليس في الحوالة معاوضة محضة . وكشف ذلك أن الدين على المحيل إن كان صحاحاً ، فيستحيل أن يزول الاستحقاق عن صفة الصحة من غير قبضٍ حسّيٍّ ؛ فإنه لو قال<sup>(٢)</sup> : أبرأتك عن الصحة ، لم يصح ، وكذلك عكس هذا . [فوعد]<sup>(٣)</sup> المحال لا يتحقق قبل القبض الحسي .

٤٢٤٠ - ولو كان ما على المحيل [حالاً ، بالإحالة]<sup>(٤)</sup> على مؤجل لم تجز ؛ لما ذكرناه من الغرض المشرع بحقيقة المعاوضة ، ولو حكمنا بالصحة ، لكان معنى الكلام أن يلتزم المحال تأخيراً لم يكن . ولو أحال مؤجلاً على حال ، الذهب أنه لا يصح ؛ لغرض المحال . ومن أصحابنا من قال : يجوز ذلك ، إذا غلبنا معنى الاستيفاء على الحوالة ؛ فإن الدين المؤجل لا يمتنع تعجيل توفيته ، فلتكن الإحالة على حال بمثابة تعجيل الدين المؤجل . وهذا إن كان يخرج ، فعلى تغليب معنى الاستيفاء ، ولكن يلزم

(١) ر . مختصر الطحاوي : ١٠٢ ، البدائع : ١٥ / ٦ ، حاشية ابن عابدين : ٤ / ٢٨٩ .

(٢) قال : أي قال المحال .

(٣) في الأصل : «موعد في» . والمثبت والحدف تقدير منا .

(٤) في الأصل هكذا : «خلافاً لإحالة» والمثبت تقدير منا على ضوء المعنى والسيقان .

ي ٢٢٥ منه تصريح إحالة الصحاح على / المكسرة ، والمكسرة على الصحاح ؛ فإن ذلك يجري في الاستيفاء أيضاً مع الرضا ، من غير احتياج إلى اعتراض .

وكان<sup>(١)</sup> شيخي ربما يذكر وجهاً ، ويقول : كلّ ما لا يؤخذ [في مقابلة الدين إلا معاوضة ، فلا تجوز الحوالة عليه ، وكل ما يؤخذ]<sup>(٢)</sup> استيفاء من غير حاجة إلى الرضا ، فيجوز إحالة الدين عليه إذا كان ديناً ، وكل ما يجوز استيفاؤه ، ولكن يشترط فيه الرضا ، ففي جواز الإحالة الخلاف الذي ذكرناه . والظاهر المنع .

وقال العراقيون : كل ما هو من ذات الأمثال يجوز أن يحال الدين فيه على مثله ، وما ليس من ذات الأمثال إذا فرض دينان مع اتحاد الجنس والنوع ، فهل تصح الإحالة فيه ؟ فعلى وجهين . ويمكن تصوير ثبوت العروض والحيوانات في الذمة ، في القرض على وجه ظاهري لا يحتاج إلى ردّ الأمر إلى الحوالة في السلم .

هذا قولنا في أحد الوصفين المعتبرين ، وهو التجانس .

٤٤١- فأما الوصف الآخر وهو الاستقرار ، قال الأئمة : لا تصح الحوالة على نجم الكتابة ، ولا بنجم الكتابة ، كما لا يصح ضمانه .

وحكى العراقيون وجهاً غريباً عن ابن سريج : أنه صحي ضمان النجم ، والحوالة ش ٢٢٥ به ، وعليه . وهذا يأتي مشروحاً في أول كتاب الضمان ، إن شاء الله .

وقال العراقيون : الحوالة على نجم الكتابة فاسدة على ظاهر المذهب<sup>(٣)</sup> ، فأماماً إذا أحال المكاتب بالنجم على دين ثابت ، فهو صحيح ؛ لأن<sup>(٤)</sup> الجائز لا يضر أن يكتب

(١) في الأصل : فكان .

(٢) في الأصل خلل في العبارة والمثبت تصرف منا ، نرجو أن يكون صواباً . كنا قد تصرفنا وأقمنا النص من عند أنفسنا وعند مراجعة تجارب الطباعة جاءني تلميذى وابنى الحبيب علي الحمادى بالنص كاملاً، نقله التاج السبكي في الأسباب والنظائر، فأخذنا منه السقط الذى بين المعقوفين. (ر. الأسباب والنظائر: ٣١١ / ١، ٣١٢).

(٣) لأن نجوم الكتابة غير لازمة على المكاتب ، وله إسقاطها ، متى شاء ، فلا يمكن إلزامه الدفع إلى المحتال .

(٤) التعيل - بقوله (لأن) - لجواز الحوالة بنجم الكتابة ، فالمعنى: أنه تصح إحالة السيد بنجم الكتابة على جوازه - لأن تحصيل الجائز واكتسابه ، لا منع منه .

نادراً . والذى ذكره القاضي منع الحوالة بالنجم وعلى النجم ؛ فإن وضع النجوم على الجواز .

وتحصيل القول في هذا عندنا أن المكاتب يحيل بالنجم الأخير الذى يحصل العتق به ، وكذلك يحيل بجميع النجوم دفعة واحدة . فاما الإحالة على المكاتب بالنجم الأخير لا<sup>(١)</sup> يجوز ؛ إذ لو قدر جوازها ، لما عَتَقَ المكاتب ؛ إذ عتقه يوجب براءته ، وإذا برىء ، فما الذى يؤديه إلى المحتال ؟ بخلافِ الحوالة بالنجم<sup>(٢)</sup> ؛ فإن الدين يبقى في ذمة المحال عليه ، ويعتق .

٤٢٤٢- هذا ولم يذكر في شرط الحوالة ما لا خفاء به ، وهو أن تتعلق بدينين ، ولا يجوز فرضُ عَيْنٍ في أحد الشقين .

٤٢٤٣- وما يتعلق بأصول الكتاب الحوالة على من لا دين عليه ، وقد ذكر ابن سريج فيها وجهين : أحدهما - أنها لا تصح . والثاني - أنها تصح ، وخرج هذا على تغلب المعاوضة أو<sup>(٣)</sup> الاستيفاء ، وقال : إن قلنا : / إنها معاوضة ، لم يصح ؛ إذ لا عوض في أحد الشقين ، وإن قلنا : استيفاء ، صح . وكأنَّ من لا دين عليه وفي الدين على مستحقه ، وذلك غير ممتنع .

وهذا كلام مختلط . وال الصحيح عندنا [أن]<sup>(٤)</sup> يخرج هذا على أصلٍ سيأتي في الصمان ، وهو أن الأجنبي الذي لا دين عليه لو ضمن ديناً على إنسان ، على شرط براءة المضمون عنه ، ففي صحة ذلك وجهان سيأتي ذكرهما ، والذي نحن فيه بهلذه المثابة ؛ فإن المحال عليه لا دين عليه ، وإنما التزم على شرط أن يبراً من أحوال عليه ، وليس ما نحن فيه مأخوذاً من ذلك ، بل هو عينه .

٤٢٤٤- ثم إن قلنا : الحوالة على من لا دين عليه باطلة ، فلا كلام .

(١) هكذا جواب أما بدون الفاء . كما تكررت الإشارة إليه مراراً .

(٢) أي الأخير . كما هو ظاهر من السياق . ويبدو أن لفظ (الأخير) سقط من الناسخ .

(٣) في الأصل : والاستيفاء (بالواو) .

(٤) زيادة من المحقق .

وإن قلنا : صحيحة ، فقد ذكر العراقيون وجهين في أنها جائزة ، أو لازمة : أحدهما - أنها لازمة ، ولا يكاد يخفى معناها . والثاني - أنها جائزة ، وللمحال عليه الفسخ ، ولا يتوجه عليه المطالبة<sup>(١)</sup> ، ولا يتم الأمر ما لم يُسلّم الدين إلى المحال ، فإذا سلّم ، لم يملك الاسترداد .

ووجه الجواز عندي باطل ملغى ، لا أصل له ؛ إذ لا أثر لقول القائل : الحوالة ش ٢٢٦ صحيحة ، ولا مطالبة ، وقول<sup>(٢)</sup> لهذا القائل : إن الغرض يتم بالوفاة لا حاصل له ، مع العلم بأن أجنبياً لو وفَّى دين إنسان ، وقع الموقع .

٤٢٤٥ - ومما يتفرع على ذلك أن المحال عليه إذا لم يكن عليه دين ، وصححنا الحوالة ، وألزمناها ، فقد قطع العراقيون بأنه يملك مطالبة المُحيل بتحصيله ، قبل أن يغرم للمحتال .

قال الشيخ أبو علي : لم يذكر الأصحاب غير ذلك ، وقطعوا أقوالهم به إلا القفال ؟ فإنه ذكر لذلك وجهين : أحدهما - ما ذكرناه . والثاني - ليس له مطالبة المُحيل [بتحصيله]<sup>(٣)</sup> ، ولكن إذا غرم<sup>(٤)</sup> المحال عليه للمحتال ، فنقول : إن تقبل الحوالة على شرط الرجوع على المُحيل ، فإذا غرم ، رجع عليه . وإذا لم يشترط الرجوع ، فإذا غرم ، فهل يرجع ؟ فعلى وجهين : سيأتي [نظيرهما]<sup>(٥)</sup> في كتاب الضمان ، إن شاء الله تعالى .

٤٢٤٦ - ومما ذكره العراقيون في تفريع ذلك أن المحال عليه الذي لا دين عليه ، إذا أبرأه [المحتال]<sup>(٦)</sup> عما التزمه . قالوا : لا يرجع على المُحيل ؛ لأنه لم يغرم شيئاً . ولو غرم للمحتال ما التزمه بطريق الحوالة ، ثم إن المحتال وهب عين ما قبضه من ي ٢٢٧ المحال / عليه ، فهل يملك المحال عليه الرجوع على المُحيل ؟ فعلى قولين مأخوذين من أصل [في]<sup>(٧)</sup> كتاب الصداق .

(١) في الأصل : بتخلصه . والمثبت تقدير منا على ضوء العبارة السابقة .

(٢) في الأصل : نظرهما .

(٣) في الأصل : المُحيل . ( وهو وهم عجيب ، من أوهام هذه النسخة التي لا تحصى ) .

(٤) زيادة من المحقق .

وهو أن المرأة لو وهبت صداقها من زوجها ، ثم طلقها قبل الميسىس ، فهل يرجع عليها بنصف قيمة الصداق ، أو لا رجوع عليها ؟ فعلى قولين مشهورين : قال شيخي : إذا أصدق امرأته ديناً ، ثم إنها أبرأته ، فطلاقها قبل الميسىس ، وقلنا : لو وهبت الصداق قبل الطلاق ، لم يملك الزوج الرجوع عند الطلاق بشطر الصداق ، فإبراؤها بذلك أولى . وإن قلنا : لو وهبت الصداق قبل الطلاق ، ملك الزوج [الرجوع]<sup>(١)</sup> ، ففي الإبراء قوله . ثم قال : إبراء المحال عليه ، الذي لا دين عليه كإبراء المرأة زوجها ، ورجوع المحال عليه على المحبيل كرجوع الزوج بنصف الصداق عند الطلاق .

٤٢٤٧- وما يتعلّق بأصول الحوالة أنها إذا تمت على شرطها ، ثم طرأ على المحال عليه إفلاس<sup>٢</sup> ، أو جحد للحق ، ولم يصادف المحتال بيته [يُقيمه]<sup>(٣)</sup> ، فلا يرجع على المحبيل أصلًا ، وليس إفلاس المحال عليه كإفلاس المشتري بالثمن ، وقد ذكرنا معتمد المذهب في القاعدتين في (الأساليب) .

٤٢٤٨- ولو أحيل على من / ظنه غنياً ، ثم تبين أنه كان عند الحوالة مفلساً ، فهل ٢٢٧ يثبت له حق الفسخ والإفلاس مقتربن بالحالة ؟ فعلى أوجهٍ ؛ جمعتها من الطرق : أحدها - أنه لا خيار ؛ فإن الحوالة في وضعها إذا صحت ، لم تحتمل الفسخ ؛ إذ هي قاطعة للعلاقة بالكلية . والوجه الثاني - أنه يفسخ تداركاً لما لحقه وما كان مطلعاً عليه ، وليس كالإفلاس الطارئ ؛ فإنما قد يجعل الحوالة في نفسها بمثابة قبض الحق ، والطريان بعد القبض لا يثبت الفسخ .

فأما إذا أطلع القابض على عيب قديم ، فالذى تمهد في الشع ثبوت الفسخ . ومن أصحابنا<sup>(٤)</sup> من قال : إذا كانت الحوالة مطلقة ، فلا خيار ، وإن جرى فيها شرط ملاءة المحال عليه ، ثم اختلف الشرط ، فيثبت الفسخ إذ ذاك ؛ فإن الحوالة أنشئت على اقتضاء [الدين]<sup>(٤)</sup> ، فيجب الوفاء بموجبها ، فإن قيل : هل صار إلى نفي الخيار مع

(١) سقطت من الأصل .

(٢) في الأصل : بقيمتها .

(٣) هذا هو الوجه الثالث .

(٤) في الأصل : المدة . وهو تصحيف واضح .

الشرط وإخلافه أحد من الأصحاب؟ قلنا: نعم. ذهب إليه ذاهبون، فصاروا إلى حسم<sup>(١)</sup> الفسخ، وإلغاء الشرط. حكاه العراقيون.

ي ٤٢٤٩ - وتردد الأصحاب في قبول الحوالة الفسخ عند الاطلاع على فلس / المحال عليه يقرب من ترددتهم في أن الحوالة هل يتحققها خيار المجلس والشرط؟ وفيه خلاف قدّمه في أول البيع. مبني على أن حكم المعاوضة أغلب على الحوالة؟ أم حكم الاستيفاء، وفيه الخلاف الذي مهدناه الآن.

**فِرْعَعُ :** ٤٢٥٠ - إذا كان الدين على المحيل مؤجلاً، وكذلك على المحال عليه، واستوى الأجلان في مقدارهما، صحت الحوالة. ولو مات المحيل، فلا يحل الدين بموته؛ فإنه قد تحول الدين عن ذمته، ولو مات المحال عليه، فيحل الدين حينئذ؟ فإنه المديون الآن. ذكره العراقيون وغيرهم. ولا خفاء به. ولكنني أحببت نقله منصوصاً.

\* \* \*

---

(١) حسم: أي منع.

## بَابٌ فِي مَسَائِلَ

قال المزني : [تحرىت فيها]<sup>(١)</sup> معنى قول الشافعى رضى الله عنه ، « فمن ذلك : لو اشتري عبداً بألف درهم . . . إلى آخره »<sup>(٢)</sup> .

٤٢٥١ صورة المسألة أنه إذا باع عبداً من رجل بألف درهم ، وأحال المشتري البائع على رجل بالثمن ، ثم اطلع على عيب قديم بالعبد ، فرده ، فالذى نص عليه المزني هاهنا<sup>(٣)</sup> : أن الحوالة ترتد ، وتبطل ، ونص في المختصر الكبير<sup>(٤)</sup> أنها لا تبطل . ومنصوصات المزني / في مجال التحرى معدودة من متن المذهب ، وهي ٢٢٨ ش عند المصنفين كنصوص الشافعى ، فالذى ذهب إليه الجمهور تخريج المسألة على قولين مخريجين مبنين على أن الغلبة للمساعدة أو للاستيفاء ؟ فإن جعلناها معاوضة ، لم نبطلها ، كما لو اعتراض البائع عن الثمن ثوباً اعتياضاً صحيحاً ، ثم وجد المشتري بالعبد المشترى عيباً ، فرده ، فلا يرتد ما جرى من الاعتراض عن الثمن ، فلتكن الحوالة كذلك ، بل الحوالة أولى ، بـألا تنفسخ ؛ فإنها بعيدة عن قبول الفسخ .

وإن جعلنا الحوالة استيفاءً ، بطلت ؛ لأنها نوع رفق في الاستيفاء ، فإذا بطل الأصل ، بطل الرفق الذي كان تبعاً له ، كما لو باع بألف مكسي ، فقضاه المشتري صحاحاً ، ثم رد المبيع بالعيوب ، فإنه يسترد الصحاح . وليس للبائع أن يقول : أغرم

(١) زيادة من نص المختصر .

(٢) ر . المختصر : ٢٢٧/٢ .

(٣) هاهنا : أي في المختصر المعروف .

(٤) المختصر الكبير هو للمزني أيضاً، جمع فيه - كضربه المختصر المعروف - نصوص الشافعى، وقد يسمى (الكبير) بدون ذكر المختصر، وهو أقل شهرة وذكرًا في الكتب وعلى لسان الأئمة من (الصغير) المشهور الذي يعرف بـ(المختصر) فقط بدون أي وصف . والكبير قد يسمى (الجامع الكبير) كما سماه الرافعى في هذا الموضع . (ر . فتح العزيز : ٣٤٦ / ١٠ بهامش المجموع) .

المكسر ، ليس لم يسمح به من الصحة ؟ لما ذكرناه في<sup>(١)</sup> التبعية . ولو اشتري بالصالح أولاً ، ثم رضي البائع بالمكسر ، فإذا رد المشتري بالعيوب ، فلا يرجع إلا بالمكسر .

٤٢٥٢- ومن أصحابنا من قال : إن جرى فسخ البيع قبل قبض المبيع ، / ارتفعت الحوالة . فإن جرى الفسخ بعد القبض ، لم ترتفع . وهذا القائل يفصل بين الحالتين بتعرض البيع لقبول الفسخ قبل القبض . وهذا مزيف . والأصل إطلاق القولين قبل القبض وبعده .

٤٢٥٣- وكان شيخي يقول في التفريع على هذه القاعدة : ولو أحال المشتري البائع بالثمن على إنسان في زمن الخيار الثابت في البيع ، فالأصح صحة الحوالة ، وإن كان العقد جائزاً ، بخلاف الحوالة في تجويز الكتابة ؛ فإن عقد البيع ، وما فيه من عوض ، لا يتحقق بالأعواض الجائزة التي لا ثبات لها . وال الخيار طارئ [فيه]<sup>(٢)</sup> ، فإذا أفضى في العاقبة إلى اللزوم ، كان الحكم على موجب اللزوم .

٤٢٥٤- ومن أصحابنا من منع الحوالة في زمان الخيار ، منع<sup>(٣)</sup> ضمان النجوم ، ثم قال : إذا صححتنا الحوالة في زمان الخيار ، ففسخ البيع بال الخيار ، ارتدت الحوالة بلا خلاف ؛ فإنها إنما صحت على تقدير إفضاء البيع إلى اللزوم ، فإذا لم يُفضِّل إليه ، فلا سبيل إلى التزام الحوالة في الثمن ، وقطع الخيار في المبيع .

التفريع على القولين في صورة الرد بالعيوب :

٤٢٥٥- فإن قلنا : / لا تبطل الحوالة ، فالمشتري هل يرجع على البائع بما أحاله ؟

نُظر : إن كان البائع قبضه ، فلاشك أنه يرجع عليه ، ولا يتغير عين ما قبضه ، فإن أحبْ أتُ ببدل عنه ، وتعليله بين .

وإن لم يكن قبض البائع من المحال عليه ، فهل يرجع المشتري على البائع ؟ فعلى

(١) «في» هنا مرادفة لـ (من).

(٢) في الأصل : فيها .

(٣) في الأصل : «في منع» بزيادة (في) .

وجهين : أقيسهما - أنه يرجع ؛ لأن الحوالة أقامت مقام الإقباض في وضعها ، بل هي أقوى من الإقباض ؛ فإن القبض قد ينقض ، والحوالة بعيدة عن قبول النقض .

والثاني - لا يرجع عليه ؛ لأن الاسترداد على حسب الإقباض ، وهو لم يقبضه حسأ ، فكيف يسترد منه حسأ ، بل سبيل الاسترداد أن يقع إذا حصل القبض الحقيقي .

٤٢٥٦- ثم إن قلنا : الحوالة باقية ، فلاشك أن البائع يطالب المحال عليه بتوفية مال الحوالة ، فلو أبرأه على هذا ، فيضمن حينئذ [للمشتري]<sup>(١)</sup> الثمن ؛ فإن إبراءه بمثابة استيفائه .

وممّا ينشأ من ذلك : أنا إذا قلنا : لا يرجع المشتري على البائع قبل قبض مال الحوالة ، فهل يملك مطالبتَه بمطالبة المحال عليه أم لا ؟ من أصحابنا من قال : يملك مطالبتَه على النحو الذي ذكره / ؛ لأن البائع مالك لطالبة المحال عليه ، فيبعد أن يمتلك البائع ذلك من جهة المشتري ، ولا يثبت للمشتري أصل توجيه المطالبة . ومن أصحابنا من قال : لا يملك المشتري الرجوع بالثمن ، ولا المطالبة بتحصيله . وهذا بعيد جداً .

٤٢٥٧- وإن حكمنا بأن الحوالة تنتقض برد المبيع ، فإنْ كان قبض المال قبل الرد ، فهل نحكم بانتفاض الحوالة الآن ؟ وفائدة ذلك أن يتغير على البائع رد عين ما قبضه ؟ أم نحكم بأن الحوالة لا تقبل النقض بعد قبض المال من المحال عليه ؟ فعلى وجهين ، وفائدة قولنا : لا تنتقض ، أن البائع لو أراد أن يأتي ببدلٍ عما قبضه ، ولا يرد عينه ، كان له ذلك . ولو لم يقبض البائع المال من المحال عليه حتى حكمنا بارتفاع الحوالة ، فلاشك أن المطالبة تقطع عن البائع ، وينقلب الدين في ذمة المحال عليه ، بعد الحكم بانفساخ الحوالة ، فلاشك أنه لا يقع قبضه لنفسه . ولكن هل يقع عن / المشتري ؟  
٢٣٠ ش فعلى وجهين ذكرهما شيخي : أحدهما - وهو الذي لا يتوجه غيره - أنه لا يصح قبضه للمشتري ؛ فإن الحوالة لم تقع للمشتري ، وإنما وقعت للبائع ، فإذا انفسخت وزالت ، لم يبق لها أثر ، ويستحيل أن تتعكس الحوالة وكالة بالاستيفاء .

والوجه الثاني - أن قبضه يصح عن المشتري ؛ فإنه جرى الأمر بالقبض على جهة ،

(١) في الأصل : «المشتري» والمثبت تصرف منا .

فإن بطلت تلك الجهة ، بقي الأمر المطلق . وهنذا بعيد .

وكان شيخي أبو محمد يقرب هذا الاختلاف من أصلٍ بعيد عن وضع المعاملات ، وهو أن من تحرّم بصلة الظهر ، قبل الزوال ، وحكمنا بأن صلاته لم تتعقد فرضاً ، فهل يُقضى بانعقادها نفلاً ؟ فعلى قولين ، أجريناهما في هذه المسألة وفي نظائر لها .

٤٢٥٨- ولو أصدق الرجل امرأته ديناً ، ثم أحالها زوجها بصداقها على إنسان ، وطلّقها قبل المسيس ، فهذا في نصف الصداق يناظر ما لو أحال المشتري البائع بالثمن ، فهل يُحکم ببطلان الحوالة في نصف الصداق ؟ اختلف أصحابنا على طريقين : منهم من أجرأه على القولين المذكورين في البيع ، ومنهم من قطع القول بأن ٤٢١ الحوالة لا تبطل ؛ وذاك / لأن الطلاق ليس بفسخ في الحقيقة ، بل هو تصرف في الملك ، وليس كذلك الرد بالعيوب ، والصادق في الجملة أثبت من غيره . وللهذا قلنا : إن الصداق إذا زاد في يد الزوجة زيادةً متصلة ، منعت تلك الزيادة ارتداد النصف عند الطلاق قبل المسيس ، ولا تمنع الزيادة نفذاً شيء من الفسخ . ولو كان الصداق يرتد إلى الزوج بسبب فسخ من الفسخ ، فالقول في الحوالة كالقول في العقد الذي يطرأ عليه الرد بالعيوب ، ولا فرق ، وإنما التردد في الطلاق .

٤٢٥٩- ولو باع الرجل عبداً بألفِ ، ثم أحال البائع رجلاً له عليه [مثل<sup>(١)</sup>] الثمن ، فأحاله على المشتري ، ثم وجد المشتري بالعبد عيوباً ، فرده ، فالظهور في هذه الصورة أن الحوالة لا تنفسخ ؛ لأنها تعلقت بثالث ؛ إذ<sup>(٢)</sup> تحقق تعلقها بغير المتعاقددين .

ومن أصحابنا من أعاد ذكر الخلاف في هذه الصورة ، وجعل الحوالة على المشتري كإحالة المشتري البائع على إنسان ، وعمل بأن الحوالة وإن تعلقت باستحقاق ثالث ؛ فإنها تبع للبيع والتبعية لا تزول<sup>(٣)</sup> . وهذا وإن كان منقاساً ، فهو غريب ، ش ٤٢١ حكاها / العراقيون ، والقاضي ، وغيرهم .

(١) في الأصل : من .

(٢) في الأصل : « وإذا تحقق تعلقها بغير المتعاقددين » والمثبت تصرفُ منها .

(٣) في الأصل : لا تزول في هذا... .

وإذا وقع التفريع على الأصح ، وهو أن الحوالة تبقى ولا تنفسخ ، فإذا فسخ المشتري العقد بالرد ، وكان غرم للمحتال ، فلا شك أنه يرجع على البائع [ وإن لم يكن غرم ]<sup>(١)</sup> فعلى وجهين : أحدهما - أنه لا يرجع عليه ؛ فإنه لم يغنم بعد شيئاً . والثاني - أنه يرجع عليه ، فإن الاستحقاق قد تأكد عليه ، وحسابه مع المحتال لا يتعلق به حكم العقد ؛ إذ لو كان تتعلق الحوالة بالعقد ، لارتفعت بارتفاع العقد .

### فِصْنَدِلٌ

قال المزني : « ولو أحال رجل على رجل بالف درهم ، وضمنها ، ثم اختلفا . . . إلى آخره »<sup>(٢)</sup> .

٤٢٦٠ - إذا كان لرجل على رجل دين ، وكان للمديون<sup>(٣)</sup> دين على آخر يماثل الدين الأول ، فأمر المديون مستحق الدين بقبض ذلك الدين . ثم اختلفا ، فادعى أحدهما أن الذي جرى حوالته وادعى الآخر أنه لم يجر إلا وكالة ، نظر : فإن قال الأمر : قد قلت لك : وكلت بقبض ما لي على فلان ، أو قلت : أقبض ما لي عليه ، ونويت الوكالة . وقال المأمور : لا بل قلت لي : أحالتك ، أو قلت : أقبض ما عليه ، ونويت الحوالة ، فالقول قول الأمر ؛ لأنّ / الأصل أن لا حواله ، وأن ملكه باق في ذمة ذلك الثالث . ٤٢٦١ ي وإنما يثور هذا الخلاف إذا كان المحال عليه موسراً ، وكان استيفاء الدين منه أيسر .

٤٢٦١ - فإن جرى التزاع كما ذكرناه ، فالقول قول الأمر كما وصفناه ، ثم إن صدقنا الأمر ، فلا يخلو : إما إن قبض المأمور ، أو لم يقبض . فإن لم يكن [ قبض ]<sup>(٤)</sup> قبضه الأمر ، وإن كان [ قبض ]<sup>(٥)</sup> ، نظر : فإن كان قائماً ، استرده من المأمور إن كان حقه مؤجلاً ، وإن كان حق المأمور حالاً ، فقد ظفر بجنس حقه ، وإن عسر عليه استيفاء

(١) زيادة من المحقق اقتضاها السياق .

(٢) ر . المختصر : ٢٢٧/٢ .

(٣) في الأصل : « المديون عليه » بزيادة لفظ ( عليه ) .

(٤) في الأصل مقبوضاً .

(٥) في الأصل مقبوضاً .

جنس حقه من الأمر ، فاز بما قبضه . وإن لم يعسر [رد<sup>(١)</sup>] عليه ما قبضه ، وطالبه بحقه .

ولو كان قبض ، وتلف في يده ، فالامر لا يطالبه بالضمان ؛ من قبل أنه اعترف بكونه وكيلًا قابضًا له على حكم الوكالة ، ولم ينسبه إلى تفريط مضمّن . والتجاذب جرى بعد التلف ، فلا يتضمن عكس الضمان على ما تقدم ، والمأمور لا يطالب الأمر بحقه ؛ فإنه اعترف بسقوط حقه بالحوالة ، فتنقطع الطلبة من الجانبيين بسبعين .

٤٢٦٢- ولو اختلفا ، وما كان قبض ، فالقول قول الأمر في نفي الحوالة ، كما ش ٢٣٢ ذكرناه ، والمأمور لما أدعى / الحوالة ، قوله يتضمن الانزعاج عن الوكالة ، والوكيل إذا ذكر ما يوجب عزله ، لم يكن له أن يقبض .

إذا تعذر على المأمور استيفاء حقه من المحال عليه لما ذكرناه ، فهل له مطالبة المحيل الأمر ؟ فعلى وجهين في طريقة [ال العراقيين]<sup>(٢)</sup> : أحدهما - ليس له ذلك ؛ فإن المأمور يفتر بأن ذمة الأمر قد برئت ، وتحول دينه . [والوجه]<sup>(٣)</sup> الثاني - له المطالبة ؛ فإنه تعذر على المأمور حفظ من جهة المحيل الأمر ؛ فهو الذي عسر عليه الحوالة ، وهو معترض .

ولو كان الاختلاف على العكس ، فقال الأمر : أحلتك ، وقال المأمور : بل وكلتني ، فالقول في نفي الحوالة قول المأمور ؛ فإن الأمر يبغي بما ذكره سقوط [حق]<sup>(٤)</sup> المأمور عن ذمته ، والأصلبقاء حقه . وهذا في الغالب يتفق حيث يكون المحال [عليه]<sup>(٥)</sup> معسراً ، والأمر يطلب نفي الطلبة عن نفسه .

٤٢٦٣- ثم إذا جعلنا القول قول المأمور ، فلا يخلو : إما إن كان قبض ، أو لم يكن قبض ، فإن لم يكن قبض المأمور ، فلا يقبضه؛ لأن قول الموكل : ما وكلتك يتضمن عزله لو كان وكيلًا . أو كان قبض ، فإن كان قائماً في يده ، فالامر يزعم أن

(١) زيادة اقتضاها السياق .

(٢) في الأصل : العراق .

(٣) في الأصل : القول . والمشتبه مراعاة للسياق .

(٤) في الأصل : حقه .

(٥) زيادة لا يستقيم المعنى بدونها .

المقبوض / حق المأمور وملكه ، ولا حق له عليه . والمأمور يزعم أن المقبوض ملكٌ ٢٣٣ في الأمر ، وحقه باقٍ في ذمته . وقد ذكرنا أن القول قول المأمور في بقاء حقه في ذمة الأمر . فإن عسر عليه استيفاء حقه ، فالوجه أن يتملك [المقبوض]<sup>(١)</sup>؛ لأنه جنس حقه . وإن تيسر استيفاء حقه منه ، فقد اختلف أصحابنا في المسألة : فمنهم من قال : يطالِبُ الْأَمْرَ بِحَقِّهِ ، وَمَا قَبْضَهُ مَوْقُوفٌ ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : مَا قَبْضَهُ يكفي به ، وَلَا يطالِبُ .

والخلاف مخصوص به إذا لم يكن قبض ، فإذا كان قبض ، فاعترافُ الأمر بأنه [حقه]<sup>(٢)</sup> كافٍ نازلٌ متزلة تمليكه إيمان الآن .

ولا خلاف أن الأمر لو قال للمأمور : لم تصدقني وزعمت أن ما قبضته حقي ، فقد وفَيتُكَ إيمان ، فيجتمع [لنك]<sup>(٣)</sup> من قولي الأخير ، وقولي الأول الملك في المقبوض ، فقد تمس الحاجة إلى تصوير القبض كما قدمناه في كتاب البيع والرهن في إقاضى الإنسان شيئاً لحقه ، وهو في يده .

فهذا كله فيه إذا قبض ، والعين قائمةٌ في يده .

٤٦٤- فأما إذا قبض ، وتلف ، فهل يكون التالف مضموناً عليه ؟ فعلى وجهين ، ذكرهما الإمام<sup>(٤)</sup> وصاحب التقريب : أحدهما - أنه يكون مضموناً على المأمور / . ٢٣٣ ش والثاني - لا يكون مضموناً عليه .

توجيه الوجهين :

من قال : إنه لا يضممه ، قال : لأننا جعلنا القول قوله في نفي الحوالة ، فإذا انتفت الحوالة ، ثبتت الوكالة ، والمالك ليس يدعى إلا جهة الحوالة ، فإذا انتفت ، لم يبق على زعمه ما يقتضي الضمان .

(١) زيادة اقتضاها السياق .

(٢) في الأصل : حقك . والمثبت تقديره .

(٣) في الأصل : ذلك . والمثبت تقديره .

(٤) الإمام : يريد به شيخه ، أبي والده . كما حرقنا ذلك من قبل .

ومن قال : إنه يكون مضموناً عليه ، قال : إنما نجعل القول قول المأمور ؛ لأن الأصل بقاء طلبته على الأمر ، وهو يدعى انتفاءه ، فإذا آلت الأمر إلى الغرامة ، فالالأصل أن ماله لا يكون أمانة ، إلا أن يقر بها ، ومن تلف في يده ملك غيره ، فالالأصل أن يكون مضموناً عليه .

ولهذا نظائر ، منها : أن المشتري والبائع إذا اختلفا في عيب ، فرغم المشتري أنه قد يزعم البائع أنه حادث ، فالقول قول البائع ، كما ذكرناه<sup>(١)</sup> في البيع . فإذا صدقناه ، وحلفناه ، وجرى القضاء به ، ثم اختلف هو والمشتري في قدر الثمن ، وتحالفا ، وأوجب ذلك ترداداً ، فلو قال البائع : غرموا المشتري أرش العيب ؛ فإنه ثبت بيمني أن العيب حادث في يده ، فلا يلزمها أرش العيب . وقد مهدنا ذلك في مواضع .

٤٣٤ وقد يتطرق إلى وجه إثبات الضمان سؤال : وهو أن الأمر معترض بأن ما قبضه المأمور ليس ملكاً للأمر ، فلا يجري ما ذكرنا [في]<sup>(٢)</sup> هذا الوجه ، من أن الأصل أن ملك الغير مضمون ، ولكن يتوجه أن نقول : قول الأمر يتضمن قبضاً على حكم الضمان ، ولكنه ضمان مقابلة ، والتعوييل على نفيه الأمانة<sup>(٣)</sup> ، والأصل عدمها .

٤٢٦ وكل ما ذكرناه فيه إذا لم يجر بين الأمر والمأمور لفظ الحوالة ، فاما إذا جرى بينهما لفظ الحوالة ، فقال الأمر : أحلتك بكذا على فلان ، ثم يفرض الخلاف مع جريان لفظ الحوالة ، من وجهين : أحدهما - أن يقول الأمر : ذكرت لفظَ الحوالة ، ولكن أردت به الوكالة ، وقال المأمور بل أردتَ الحوالة . فالذى يدل عليه ظاهر لفظ المزني في المسائل التي يجريها أن القول قولُ الأمر ؛ فإنه ذكر الإحالة والحوالة ، ثم فرض الخلاف ، ثم قضى بأن القول قولُ الأمر ، ولو كان يختلف الأمر

(١) في الأصل : ذكره .

(٢) في الأصل : من .

(٣) المعنى : أن التعوييل على نفي الضمان هو نفي الأمانة .

باللفظ ، [لتعرض<sup>(١)</sup> له] ؛ فإن التصوير لا يتم إلا باللفظ إذا كان الحكم متعلقاً به ؛ فإذاً ظاهر قوله إن<sup>(٢)</sup> القول قولُ الأمر .

قال صاحب التقريب : قد ذكر ابن سريج في / المسألة قولًا آخر : إن القول قولٌ ش٢٣٤ ش المأمور الذي يدعى حقيقةَ الحوالة ؛ فإن لفظ الحوالة موضوعٌ لمقصودٍ [وضعاً]<sup>(٣)</sup> صريحاً ، فمن أراد حملها على خلاف معناها ، لم يقبل منه ، كما إذا ذكر لفظاً من صرائح الطلاق ، ثم حمله على خلاف ظاهره ، فلا يقبل ذلك منه .

وحاصل القولين راجعٌ إلى أنّا على قول المزني لا ننظر إلى لفظ الحوالة ، ولكن ننظر إلى قياس الاختلاف ، وقياسه يقتضي أن المأمور إذا ادعى حوالَة ، والأمر ينفيها ، فالقول قولُ الأمر . وعلى القول الثاني يُعتبر صريحُ الحوالة ، ولا يقبل قولُ من يحيد عن ظاهر معناها ، مع الاتفاق على صدور لفظها من الأمر .

٤٢٦٦ - وذكر بعض المحققين وجهاً ثالثاً ، فقال : إن قال : أحلتُك بالألف الذي لي على فلان ، ولم يقل بالألف الذي لك علىي على الألف الذي لي على فلان ، فيجوز أن يقال : القول قولُ من يدعى الوكالة ؛ لأنَّه لم يقل بالألف الذي لك علىي .

ولو قال : أحلتُك بالألف الذي لك علىي على الألف الذي لي على فلان ، ثم ادعى الأمرُ الوكالة ، فلا يقبل ذلك منه .

وهذا التفصيل لا يتهمض عندي / وجهاً ثالثاً ؛ إذ لا يجوز أن يقدّر خلافُ فيه ، إذا<sup>٢٣٥</sup> قال أحلتُك بالألف الذي لك علىي ، على فلان بالألف الذي لي عليه ، فادعاء الوكالة بعد هذا الامتناع<sup>(٤)</sup> لا وجه له ، فالوجه أن نقول : إن صرخ كما صورناه آخرًا ، فلا وجه إلا القطعُ بتصديق المأمور . وإن أطلق الحوالة ، ولم يقيدها بهذه القيود الصريحة ، فإذاً ذاك ينقدح ذكر القولين .

(١) في الأصل : التعرض .

(٢) جملة : «إن القول قولُ الأمر» في محل الخبر : (ظاهر) ، وليس مقول القول .

(٣) زيادة اقتضاها ورود لفظ (صريحاً) هنكذا بالنصب .

(٤) كذا ، وكأنها مقحمة ، لا مكان لها في السياق .

**التفریع : ٤٢٦٧** - إن قلنا : القول قول المأمور في ثبوت الحوالة ، فلا كلام . وإن قلنا : القول قول الأمر في نفي الحوالة ، فإذا نفها ، فقد اختلف أصحابنا فيما رتبه صاحب التقریب : فمنهم من قال : إذا نفی الحوالة ، انقطعت علاقتها بالكلية . وهذا هو القياس على هذا القول . والوجه الثاني - أنه يكون بمثابة حواله فاسدة ، فلا يُرفع حکم الحوالة من كل وجه ؛ للفظ الحوالة . وهذا كما يثبت الضمان في البيع الفاسد ، ويثبت في الكتابة الفاسدة بعض أحكام الكتابة الصحيحة .

إإن قلنا : إن سبیله سبیلُ الحوالة الفاسدة ، فإذا كان المحال عليه سلمَ المال إلى ش ٢٣٥ المحتال ، فهل يرأ بالتسليم إليه [متى عليه ؟] <sup>(١)</sup> فعلی / وجهين ذكرهما : أحدهما - أنه يبرأ بالدفع إليه ، والأمر يطالِب المحتال . والثاني - لا يبرأ بالدفع إلى المحتال ؛ فإنه لم يكن سبیله سبیلَ الوکالة المضضة ، ولم تصح الحوالة أيضا ؛ فعلی هذا يطالِبُ الأمرُ المحالُ عليه بحقه ، ثم المحالُ عليه يسترد من المحتال ما سلمه إليه .

وهذا عندي بعْد بحثه . والوجه أن نقول : إذا نفينا الحوالة ثبتت قضية الوکالة ؛ فإن الأمر بقبض المال من المحال عليه متفق عليه ، والتزاع في وجهه . وقد ذكر المتداعيان وجهين ، فإذا انتفت الحوالة ، وصدقنا الأمر ، فالوجه ثبوت الوکالة ، وعلى هذا يبرأ المحالُ عليه بما دفعه إلى المأمور .

وما ذكرناه صورةٌ واحدةٌ في الاختلاف ، مع جريان لفظ الحوالة .

**٤٢٦٨** - فلو كان النزاع على العكس ، فقال الأمر: أردت لفظَ الحوالة ، وقال المأمور: ما قبلتُ الحوالة ، وإنما قبلت الوکالة ، قال الأصحاب : قیاسُ المزنی أن القول قولُ المأمور ؛ فإن الأصل بقاء طلبته على الأمر . وعلى قیاس ابن سریج القول [قول<sup>(٢)</sup>] من ٢٣٦ يثبت الحوالة كما ذكرناه ؛ تمسکاً باللفظ . فإن قيل : قَصْدُ / الأمر فيما زعم مطابق للغظه الصريح ، فهلاً قطعتم بتصديقه ؟ قلنا : الأمر كذلك . ولا تم الحوالة إلا بقبول المحتال ، وقد زعم أنه نوى قبول الوکالة ، فعاد الترددُ في أن الاعتبار بالقصد ، أو بظاهر اللفظ .

(١) ما بين المعفين غير مقروء في الأصل .

(٢) زيادة من المحقق .

## فِي حَوَالَةِ الْمُنْزَنِيِّ

**٤٢٦٩** - ذكر المزنني صوراً ظاهرةً في الحوالة ، نذكرها على وجهها . قال : لو أحال زيد عمرأ على بكر ، بما له عليه من الحق ، ثم أحال بكر عمرأ على خالد ، ثم أحاله خالد على جعفر ، فذلك جائز . ولو أحال زيد عمرأ على بكر ، ثم عمرو أحال خالداً على بكر ، ثم خالد أحال عبد الله على بكر ، فهذا جائز . وقد تعدد المحatal في هذه الصورة والمحال عليه واحد ، وفي الصورة الأولى تعدد المحال عليه ، والمحatal واحد .

**٤٢٧٠** : إذا جنى على إنسان ؛ والتزم الأرشن ، وجئني عليه ، فاستحقّ الأرشن ، فإن كان الأرشان دراهم أو دنانير ، جازت الحوالة . وإن كان الأرشن إبلًا من الجانبين ، فهذا يبني على ما قدمناه من أن الحوالة هل تجري في غير ذوات الأمثال ؟ فإن قلنا : إنها تختص بذوات الأمثال ، فالحوالة فاسدة في مسألتنا هذه . وإن قلنا : / إنها تجري في كل موصوف مستقرًّ في الذمة ، فهل تجري في إبل الديمة ؟ فعلى ٢٣٦ وجهين مبتنين على أن الاعتياض عن إبل الديمة هل يجوز ؟ وفيه قولان سبق ذكرهما . وسيأتي استقصاؤهما في الدييات ، إن شاء الله تعالى .

**٤٢٧١** : إذا ضمن مالاً بإذن المضمون عنه ، وأحال المضمون له بذلك المال الذي ضمنه على واحد ، رجع على المضمون عنه ، كما لو أداه . ولو ضمن رجلان ألفاً عن واحد ، كل واحد منها ضمن نصفه ، ثم ضمن كل واحد من الضامنين عن صاحبه ، فلو أحال أحدهما المضمون له بالألف على واحد ، فإنه يرجع بخمسمائة على المضمون عنه ، وبخمسمائة على صاحبه الضامن . وهذا لا إشكال فيه .

**٤٢٧٢** : قال المزنني : وإذا باع رجل عبداً من رجل بآلف درهم ، فأحال البائع رجلاً له عليه ألف على المشتري ، ثم تصدق البائع والمشتري على أن المبيع كان حُرراً ، ينقطع العقد بينهما ، ولا يُحکم ببطلان الحوالة في حق ذلك الثالث ، إلا أن يصدقهما ، فإن لم يصدقهما ، فلا يقبل قولهما عليه<sup>(١)</sup> . وليس كما لو رد المشتري

(١) ر . المختصر : ٢٢٧/٢ .

ي ٢٣٧ العبد بعِيْد قديم ؛ فإننا قد نقول في وجِهِ غريب : / إن الحوالة ترتفع ، والفرق أن الرد واقع لا سيل إلى إنكاره ، وهو أمر منشأ ، والمتباعان فيما نحن فيه أخبرا عن حرية المبيع ، والخبر يتَرَدَّد بين الصدق والكذب ، فلو صدقهما المحتال ، قطعنا ببطلان الحوالة ، والمسألة في هذا الطرف تنفصل عن الرد بالغريب أيضا ؛ فإن الأصح بقاء الحوالة وإن جرى الرد ؛ فإننا نقدر الحوالة معاوضة برأسها ، متعلقة بحق ثالث ، فلا يمتنع تقدير بقائهما ، وإن ارتفع العقد ؛ فإننا لا نتبين بالرَّد أن [الثمن]<sup>(١)</sup> لم يكن قبل الرد . وإذا تصادقوا على حرية المبيع ، تبيينا أن أصل الثمن لم يثبت ، فلا نتصور ثبوت الحوالة ؛ فإن بقاء الشيء فرع على ثبوتِ أصله ، وهذا واضح .

**فِرْجُ :** ٤٢٧٣- قال صاحب التقريب : إذا أحال الرجل غريمَه على رجلٍ ، ثم بان المحال عليه عبداً ، فلا يخلو : إما أن يبين أنه عبد لأجنبي ، أو يبين أنه عبد للمحيل ، ش ٢٣٧ فإن بان أنه عبد لأجنبي ، وكان لهذا المحيل [على هذا العبد]<sup>(٢)</sup> / دينٌ في عنقه ، يتبعه به إذا عَتَق . قال صاحبُ التقريب : الحوالة صحيحة ، وهي بمثابة الحوالة على معسرٍ في ذمته دين ، ثم المحتال يطالبُ العبد بعد عتقه .

فلو لم يعلم كونه عبداً ، ثم علم ، فهذا يتربَّ على الفصل المقدم ، في أن المحتال إذا اطلع على إعسار المحال عليه ، وما كان عالماً بإعساره عند الحوالة ، فإن قلنا : للمطلوع على إعسار المحال عليه الخيارُ ، فلأنَّ يثبت الخيار هاهنا أولى . وإن قلنا : لا خيار للمطلوع على الإعسار ، ففي هذه الصورة وجهان ؛ إذ طريان العتق ليس مما يُعد من ميسور الأمور ، واليسار والإعسار متعاقبان .

وما ذكرناه فيه إذا كان العبد لأجنبي ، فأما إذا كان العبد للمحيل ، قال صاحب التقريب : إن كان كسوباً ، ينبغي أن يتعلَّق الدين بكسبه ، وإن كان غير كسوبي ، كان متعلقاً بذمته .

٤٢٧٤- وهذا كلام مختلط لا أصل له . والوجه أن نقول : لا يتتصور أن يكون للسيد على عبده دينٌ يتعلق بذمته ، أو في كسبه ، إلا في صورة واحدة ، سنشير إليها

(١) في الأصل : اليدين . وهو تصحيف ظاهر .

(٢) مطموس بالأصل ، والمثبت تقديره منا .

آخرأ . وإذا كان كذلك ، فحوالة [السيد على<sup>(١)</sup>] مملوكة باطلة ، إلا أن تجوز الحوالة على من لا / دين عليه ، وقد ذكرنا أن تحقيق ذلك يرجع إلى [الضمان]<sup>(٢)</sup> ، وكأن ٢٣٨ ي العبد ضمن عن سيده ، وسيأتي شرح ذلك في كتاب الضمان ، إن شاء الله .

ثم إذا صحَّ ، نُظر : فإن كان الضمان بإذن السيد ، تعلق بكسب العبد إن كان له كسب ، وإن لم يكن ، فبذمته ، ومن ضرورة كل ما يتعلق بالكسب أن يتعلق بالذمة . ويتصور للسيد على عبد ذمه دينٌ يتعلق بذمته على أحد الوجهين ، وذلك أن من ثبت له دين على عبد الغير ، ثم ملكه ، ففي وجهٍ يسقط الدين عن ذمته بالملك الطارئ ، وفي وجهٍ يبقى عليه يتبعه به إذا عَتَّق ، فعلى هذا يمكن تقدير حوالة السيد على عبد .

**فِيَّ :** ٤٢٧٥ - إذا أحال رجلاً له عليه ألف درهم ، على رجلين ، على كل واحد منهما خمسمائة درهم ، وشرط في الحوالة أن يكون كل واحد منهما كفياً ضامناً عن صاحبه .

قال ابن سريج : في صحة هذه الحوالة وجهان مبنيان على أن المعاوضة مغلبة على الحوالة ، أو معنى الاستيفاء : فإن غلبنا المعاوضة ، لم يتمتنع شرط الوثيقة فيها ، وإن غلبنا الاستيفاء ، امتنع ذلك ، فإن [الضمان إنما]<sup>(٣)</sup> / يشترط في المعاوضات . وهذا ش التردد يلتفت على أنه هل يثبت في الحوالة خيار المجلس والشرط<sup>(٤)</sup> .

\* \* \*

(١) مطموس تماماً في الأصل .

(٢) مطموسة في الأصل . وأثبتناها تقديرآ منا .

(٣) ما بين المعقوفين مطموس في الأصل .

(٤) « تم الجزء العاشر من نهاية المطلب بحمد الله تعالى وحسن توفيقه وصلى الله على محمد وعلى آله وصحبه وسلم وشرف وكرم وعظم يتلوه في الجزء الحادي عشر إن شاء الله تعالى كتاب الضمان » .



# مُحتوى الكتاب

## الصفحة

## المحتوى

٥	كتاب السلم
٥	باب السَّلْفِ وَالنَّهِيِّ عَنِ بَعْدِ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ
٥	الأصل في السلم، تعريفه، شرائطه، وأثر اللفظ في العقد .....
٧	فصل: حكم الرهن بال المسلم فيه .....
٨	فصل: حكم السلم في المنقطع حالة العقد .....
١٠	فصل: حكم انقطاع جنس المسلم فيه .....
١٤	بيان معنى الانقطاع .....
١٥	فصل: كلام الشافعي على حديث حكيم بن حزام .....
١٦	فصل: أقسام السَّلْمِ الْثَّلَاثَةِ، وَحُكْمُ كُلِّ قَسْمٍ مِّنْهَا .....
١٧	فصل: الكلام فيما يصح أن يكون رأس مال في السلم، وتفصيل القول فيما لو كان جزاً .....
٢٠	فصل: السلم في الحيوان .....
٢١	فصل: حكم الاعتياض عن المسلم فيه .....
٢٢	فصل: يصح السلم الحال، كالمؤجل، والحكم إذا أطلق العقد، وكذا لو أطلقوا العقد ثم أحقا به أجلاً في المجلس، أو صرحا بالأجل ثم أسقطاه في المجلس
٢٣	- إذا حذف الأجل المجهول في مجلس العقد، فهل ينحذف حتى يحكم بصحة العقد؟ .....
٢٥	فصل: مضمونه القول في شرط تسليم رأس المال في المجلس .....
٢٧	فصل: من الشروط أن يكون المسلم فيه موصوفاً، وتفصيل القول في هذا الشرط

فصل : السلم إذا اشتمل على الأجل ، فلا بد من إعلامه ، وحكم بعض العبارات عن الأجل ..... ٢٩	
فصل : غرضه القول في تعين المكيال بالإشارة في السلم ، وفي بيع العين ..... ٣٢	
فصل : من الشروط أن يكون المسلم فيه مما يغلب وجوده في العادة ..... ٣٤	
فصل : في تفاصيل ما يجب ذكره من الأوصاف في الأجناس التي يصح السلم فيها - ما يجب ذكره من الأوصاف إذا أسلم في التمر ، وفي الحنطة ..... ٣٥	
فصل : قال الشافعى : «ويكون الموضع معروفاً» وللأصحاب تأويلان في حمل عبارة الشافعى ، فمنهم من حملها على الموضع الذي يرتفع منه الطعام ..... ٣٦	
- ومنهم من حملها على مكان التسليم ..... ٣٧	
ما يجب ذكره من الأوصاف إذا أسلم في العسل ..... ٣٩	
حكم اشتراط الأجود ، أو الأردا في الطعام ، وحكم اشتراط الجيد ، أو الرديء .. ٤٠	
القول في أوصاف العبيد ..... ٤٠	
ما يذكر في أوصاف الإبل ، أو الخيل ..... ٤٢	
ما يذكره من الأوصاف إذا أسلم في الثياب ، أو في النحاس ، أو الحديد ..... ٤٣	
- وفي اللحم ..... ٤٣	
- وفي السمن ، واللبن ..... ٤٤	
فصل : منع الشافعى السلم في المختلطات ، وقد رتبها العراقيون على أربعة أوجه عود إلى ذكر السلم في بعض الأصناف ..... ٤٥	
لا بأس أن يسلم في الشيء كيلاً ، وإن كان أصله الوزن ..... ٤٧	
لا يجوز التعويم في السلم على العدد ، وإنما التعويم على الوزن ..... ٥٠	
لا يُسلم فيما خالطه لحوم الحيات ، وحكم بيع السموم القاتلة ..... ٥٢	
حكم الإقالة في السلم ، وحكم التشرير والتولية ..... ٥٣	
فصل : يفي فيه الإمام بما وعد من ضبط القول فيما يُرعى من الصفات ..... ٥٤	
٥٩	باب ما لا يجوز فيه السلم
٥٩	لا يجوز السلم في النَّيل

فصل : ولا في اللؤلؤ ، ولا في الزبرجد .....	٦٠
فصل : ولا في الرؤوس والأكارع قبل التنقية ، وفي السلم فيها بعد التنقية قولان ..	٦١
ولا في الجلود .....	٦١
<b>باب التسعير</b>	
وهل ينادي منادي الإمام في البلد ، ويأمر بسعر مقدر في جنس حتى لا يتعدوه؟	
ليس للإمام هذا في رخاء الأسعار ، أما إذا غلت الأسعار فوجهان ..	٦٣
فصل : في قول رسول الله ﷺ «الجالب مزروع ، والمحتكر ملعون» ..	٦٤
<b>باب امتناع ذي الحق</b>	
الحكم إذا كان المسلم فيه من جنس آخر ، أو إذا كان أجود مما وصف ، أو إذا	
كان أرداً مما وصف ..	٦٦
فصل : الحكم إذا كان الحق مؤجلاً ، وأتى به قبل الحلول ..	٦٧
والحكم إذا كان الدين حالاً فجاء به من عليه الحق وامتنع المستحق من القبول ..	٦٨
فرع : تردد الأئمة في السلم في الثوب الذي يصبح بعد نسجه ..	٦٩
فرع : حكم السلم في السمك المملح ..	٧٠
فرع : الحكم إذا قبض المسلمُ المسلمَ فيه ، وتلف في يده ، واطلع على عيب ،	
فردّه ..	٧٠
<b>كتاب الرهن</b>	
تعريفه ، والأصل فيه ..	٧١
وهو يشتمل على ركنين : مرهون ، ولا يكون إلا عيناً ، ومرهون به : ولا يكون	
إلا ديناً ..	٧٢
فصل : يحوي تقاسيم الديون ، وحكم الرهن بها ..	٧٢
كل ما جاز الرهن به صح ضمانه ، وكل ما صح ضمانه جاز الرهن به ، إلا	
العهدة ، فإن ضمانها جائز ، ولا يجوز الرهن به ..	٧٣
فصل : فيه حكم الرهن إذا وجب الدين وأنشأ الرهنُ بعده ، ثم الحكم إذا تقدم	
الرهن على وجوب الدين ، ثم حكم الاقتراض بين الرهن والدين ..	٧٤

فرع : فيه حكم الاستيصال في الرهن والبيع ، وهل يكون بمثابة القبول . . . . .	٧٧
فصل : لا يلزم الرهن دون قبض ، خلافاً لمالك . . . . .	٧٨
الحكم إذا مات الراهن ، أو مات المرتهن بين العقد والقبض . . . . .	٧٩
فرع : فيما يكون رجوعاً في الرهن . . . . .	٨٠
فصل : وما جاز بيده ، جاز رهنه . . . . .	٨١
قال الأصحاب : الأشياء في البيع والرهن على أربعة أقسام . . . . .	٨١
رهن المشاع جائز في مذهبنا خلافاً لأبي حنيفة . . . . .	٨٢
فصل : ويجوز ارتهاان الحاكم ، وولي المحجور عليه ، ورهنهمما عليه في النظر له .	٨٢
تفصيل القول في الارتهاان للطفل . . . . .	٨٣
والقول في رهن مال الطفل . . . . .	٨٤
والقول في رهن المكاتب وارتهاانه . . . . .	٨٥
فصل : الرهن والارتهاان للطفل من الأب والجد . . . . .	٨٦
فصل : إذا قبض الرهن ، لم يكن لصاحب إخراجُه من الرهن . . . . .	٨٧
فصل : اختلاف الأصحاب في صورة مسألة ذكرها الشافعي	
وهي : لو أكرى الرهن من صاحبه أو أغاره أياماً ، لم ينفسخ الرهن . . . . .	٨٩
فصل : لو رهنه وديعة له في يده فقد نص الشافعي ها هنا أنه لا بد في القبض من إذن ، ونصبه هذا يخالف نصه في الهبة أنه لو وهب شيئاً وهو في يد المتهدب	
صار مقبوضاً من غير إذن جديد ، فاختلاف الأصحاب على طريقين . . . . .	٩٠
فصل : مضمونه القول في جريان النيابة في قبض المرهون ، فيصبح أن يوكل وكيلًا حتى يقبض عنه بشرط أن يكون ذلك الوكيل ممن يصح قبضه ، ولا تكون يده يد الراهن . . . . .	٩٤
فرع : ذكر العراقيون نصين عن الشافعي فيما إذا قال الراهن للمرتهن : قد أذنت لك في قبض الرهن فلم يقبضه ، وقال المرتهن : قد قبضته . . . . .	٩٥
فرع : متصل بقبض الصبيان وما يتلف في أيديهم . . . . .	٩٦

فصل : الإقرار بقبض الرهن جائز ، والحكم لو قامت بينة على إقراره بالرهن والإقباض ، ثم أنكر القبض ..... ٩٦
فصل : يتعلق بطرف من القول في كيفية القبض ..... ٩٨
فصل : في رهن العين المغصوبة ، وتفصيل القول في ضمان الغصب ..... ٩٩
ترتيب للشيخ أبي علي في الرهن المغصوب ..... ١٠٢
فرع : لو رهن العين العارية من المستعير - وهي مضمونة في يده - وأذن له في قبضه عن الرهن ، فهل يزول ضمان العارية؟ ..... ١٠٣
فصل : إذا رهن دارين ، فقبض إحداهما ، فالتي جرى القبض فيها مرهونة بجميع الدين عندنا ، خلافاً لأبي حنيفة ..... ١٠٣
فصل : قال الشافعي : « ولو رهنة جارية... إلخ »
الإمام يؤخر ما قدمه الشافعي في هذا الفصل ، ويقدم ما أخره ..... ١٠٤
استقصاء القول في إعتاق الراهن العبد المرهون ..... ١٠٤
تفصيل القول في استيلاد الراهن العجارية المرهونة ..... ١٠٨
عود إلى ما قدمه الشافعي في صدر الفصل ..... ١١٤
فصل : كل تصرف يمتنع نفوذه لحق المرتهن ، فإذا أذن فيه ، نفذ ..... ١١٦
صور في اختلاف الراهن والمرتهن في الإذن في وطء العجارية المرهونة وما يترب عليه من علوق ، واستيلاد ..... ١١٧
فرع : نقل فيه الإمام مسألة في إذن المرتهن عن العراقيين ..... ١٢٠
فصل : مضمونه ذكر وطء المرتهن العجارية المرهونة ..... ١٢١
فصل : مضمونه القول في إذن المرتهن للراهن في بيع الرهن ..... ١٢٤
القول في المسألة إذا كان الدين مؤجلًا ..... ١٢٤
القول إذا كان الدين حالاً ..... ١٢٦
فرع : إذا أذن المرتهن في البيع مطلقاً والدين مؤجل ، ثم رجع عن الإذن قبل جريان البيع ..... ١٢٧
فصل : حكم رهن أراضي الخارج (سواط العراق) ..... ١٢٨

فصل : حكم الرهن في زمان الخيار ..... ١٣٠	.....
فصل : حكم رهن العبد المرتد، وما قد يترب على قتله بالردة وهو في يد المرتهن ..... ١٣٠	.....
فصل : الحكم إذا رهن من عليه ألف عبداً بالألف، ثم أراد أن يرهن بذلك الألف عبداً آخر ..... ١٣٢	.....
والحكم إذا أراد أن يزيد في الدين، ويرهن ذلك المرهون بدين آخر ضمماً إلى الدين الأول ..... ١٣٢	.....
فصل : الحكم إذا أقر الراهن أن العبد الذي في يد المرتهن مرهون عنده بألفين، ثم ادعى أنه رهنه أولاً بألف، ثم الحق به ألفاً آخر ..... ١٣٣	.....
فصل : حكم رهن العبد الجاني وقد تعلق برقبته أرشُ جنائيه، والحكم لو كانت جنائيته توجب القصاص ..... ١٣٥	.....
فصل : مضمونه القول في حكم إقرار الراهن بما ينافي موجب رهنه وإقباضه.	
وصورة المسألة : «ارت亨 عبداً، فقبضه، ثم أقر الراهن بأن العبد كان جانياً» ..... ١٣٧	.....
في حكم إقرار الراهن ثلاثة أقوال : تأصيل وتفصيل ..... ١٣٨	.....
التفریع على الأقوال الثلاثة ..... ١٤٠	.....
فصل : الحكم إذا جنى العبد المرهون بعد الرهن ..... ١٤٧	.....
فصل : مقصوده الكلام في رهن المديّر ..... ١٤٨	.....
فصل : حكم رهن العصير، ثم الحكم إذا استحال العصير خللاً، أو خمراً ..... ١٥١	.....
فصل : في تخليل الخمر ..... ١٥٥	.....
الخمرة غير المحترمة، وحكم تخليلها ..... ١٥٥	.....
الخمرة المحترمة - وهي خمرة الخل - وحكم تخليلها ..... ١٥٧	.....
فصل : الحكم إذا اختلف الراهن والمرتهن في عيب ثابت، وكل منهما يدعى حدوث العيب في يد الآخر ..... ١٦١	.....
فصل : فيه حكم رهن الأم دون ولدها، أو العكس، وتفصيل القول - إذا مست الحاجة إلى البيع، بأن حل الدين - في حكم التفريق بين الأم وولدها في البيع	.....
١٦٣	.....

فصل : إذا رهن نخيلاً عليها ثمار ، فهل تدخل الثمار في الرهن؟ ..... ١٦٧	
وهذه المسألة مناقضة على أصل وهو : إذا رهن جارية حاملاً ، فهل يتعلق الرهن بحملها؟ ..... ١٦٨	
فصل : فيه تفصيل المذهب في رهن ما يتسرع إليه الفساد ..... ١٦٨	
فرع : إذا رهن ما لا يفسد ، ثم طرأ عليه ما يقربه من الفساد قبل القبض ..... ١٧١	
فصل : ولو رهنه أرضاً بلا نخل ، فأخرجت نخلاً ..... ١٧٢	
رهنه أرضاً بيضاء ، وأقبضها ، ثم أراد أن يغرسها ابتداءً والدين مؤجل ..... ١٧٣	
فصل : رهنه أرضاً ونخلاً ، ثم اختلفا ، فقال المرتهن : رهنتني الأرض والنخيل القائمة فيها ، وقال الراهن : بل رهنتك الأرض بيضاء وأحدثت هذه النخيل بعد الرهن ..... ١٧٤	
فصل : إذا حل الحق فقال الراهن للمرتهن : بع لي واستوف ثمنه لي ، ثم استوف لنفسك ..... ١٧٦	
اختلاف الأصحاب في الإذن المطلق ، إذا قال : بعه ، ولم يقل : بعه لي ، ولا لنفسك ..... ١٧٧	
الحكم لو أراد الراهن أن يستقل ببيع المرهون ، وصرف ثمنه إلى الراهن ..... ١٨٠	
فصل : في تعديل الرهن على يد عدل ..... ١٨١	
فصل : إذا وكل الراهن العدل ببيع الرهن توكيلاً مطلقاً ، فباع بثمن المثل ، ثم جاء من يزيده في الثمن ..... ١٨٣	
فصل : مقصوده ذكر طرف من العهدة على الوكيل ..... ١٨٦	
للعهدة ثلاثة أركان في قاعدة المذهب : الأول : في توجيه الطلب ..... ١٨٦	
الركن الثاني : تصوير خروج المبيع مستحقاً بعد قبض الثمن (والمسائل مفروضة فيه إذا باع العدل بتوكيل الراهن وإذن المرتهن) ..... ١٨٧	
فأما إذا تولى الحاكم بنفسه بيع الرهن عند اتصال الخصومة بمجلسه ..... ١٨٩	
واما إذا نصب الحكم أميناً لبيع الرهن ..... ١٩١	
الركن الثالث من العهدة : يتعلق بالرد بالعيوب ، وموضع بسطه كتاب الوكالة ..... ١٩١	

فصل : ولو باع العدل ، وقبض الثمن ، ثم قال : ضاع الثمن في يدي من غير تقصير	١٩٢
فصل : الراهن والمرتهن إذا تخالفا ، فقال الراهن للعدل : بع الرهن بالدناير	
قال المرتهن : بع بالدراما ، فماذا يجب على العدل؟ .....	١٩٣
فصل : الحكم لو أراد الراهن والمرتهن ، أو أحدهما رفع الرهن من يد العدل ..	١٩٤
فصل : في تغير حال العدل عن العدالة .....	١٩٦
فصل : حكم جنائية العبد المرهون على سيده الراهن .....	١٩٧
وحكم جنائيته على ابن الراهن .....	١٩٨
وحكم جنائيته على عبد الراهن .....	٢٠٠
فإن كان السيد أمر العبد بالجنائية .....	٢٠٤
فصل : في رهن العبد المستعار .....	٢٠٥
رهن المستعار جائز ، وهل ينحى بالرهن نحو الضمان ، أم العارية؟ قولهان ..	٢٠٥
بيان القولين ، وتوجيههما .....	٢٠٥
التفریع عليهما .....	٢٠٦
فصل : والخصم فيما جُني على العبد سيده الراهن .....	٢١٥
فصل : يحرم أن يرهن المشرك المصحف .....	٢١٧
فروع : انسلت عن الضبط ، ومنها ما أورده المشايخ ولا اختصاص له بالرهن ،	
والإمام يوردها تأسياً بهم .....	٢١٨
<b>باب في الرهن والحميل في البيع</b>	٢٢٥
شرط الرهن جائز في عقد البيع ، وكذلك شرط الضمان ، والإشهاد .....	٢٢٥
يشترط لصحة شرط الرهن : التعيين .....	٢٢٦
فصل : إذا شرط في عقد البيع رهن مجهول ، أو كفيل من غير تعين فالشرط	
fasد ، وفي فساد البيع قولهان .....	٢٢٧
فصل : القول في اختلاف الراهن والمرتهن بعد قبض الرهن في عيب كان بالرهن	٢٢٨
فصل : الحكم إذا شرط البائع جعل المبيع بعينه رهناً بالثمن .....	٢٣٠
ولو قال للذى عليه الحق : أرهنك على أن تزيدنى في الأجل .....	٢٣١

- فصل : ولو أقر الراهن أنه سلم الرهن إلى العدل، وقبضه، وقال العدل : ما قبضت ... ٢٣١
- فصل : ضابط ذكره المزني للصور التي يُصدق فيها الراهن ، والمسائل التي يُصدق فيها المرتهن ، والإمام يراه ضابطاً مبهماً ويحتاج إلى تأويل ..... ٢٣٢
- فصل : ادعى رجل على رجلين أنهما رهنا منه عبدهما ، فما الحكم إن صدقاه ، أو كذباه ، أو صدقه أحدهما وكذبه الآخر ..... ٢٣٣
- والمسألة فيه إذا ادعى رجلان على رجل أنه رهن منهما ..... ٢٣٤
- ادعى رجلان على رجلين أنهما رهنا عبداً لهما منهما ..... ٢٣٥
- فصل : وإن كان له على رجل ألفان ، إحداهما برهن ، والأخرى بغير رهن ، فقضاه ألفاً ، ثم اختلفا ، فقال المؤدي : هي التي عن الرهن ، وقال المرتهن : هي التي بلا رهن ..... ٢٣٥
- فصل : ولو قال المرتهن : رهنته هذه الدار التي في يده بألف ، ولم أدفعها إليه ، فغصبتها . وقال المرتهن : بل أقبضتها ، والحكم لو قال المرتهن : أعرته ، أو أودعته ، أو أكريته ..... ٢٣٨
- فروع متعلقة بالباب ..... ٢٤١
- باب الزيادة في الرهن وما يحدث فيه**
- مقصود الباب الكلام في فوائد الرهن ، ومصارفها . وفوائد الرهن : آثار وأعيان . ٢٤٣
- تفصيل القول في الآثار (منافع الرهن) ..... ٢٤٣
- تفصيل القول في الفوائد التي تكون أعياناً ، وهي منقسمة إلى متصلة ، ومنفصلة ٢٤٥
- جمع معاقد المذهب في الأحكام التي تتعذر إلى الولد الطارئ ، والتي لا تتعذر إليه ..... ٢٤٦
- تفصيل القول في الحمل الموجود حالة الرهن ، ونظائر له ..... ٢٤٨
- فصل : المنافع قسمان : منفعة لا ينقص القيمة استيفاؤها كالسكنى فللراهن أن يستوفيها ، ومنفعة ينقص القيمة استيفاؤها كالغرس والوطء ، والزرع ، والكلام في هذا الفصل عليها ..... ٢٥١
- حكم رهن الأمة ، وبه نجاز القول في المنافع وجهات استيفائها ..... ٢٥٣

لا يُمنع الراهن من تعهد الرهن بما يدفع عنه ضرراً، أو يحصل خيراً ..... ٢٥٤	٢٥٤
تفصيل القول في مؤنة الرهن وعلى من تكون؟ ..... ٢٥٤	٢٥٤
<b>باب رهن الرجلين الشيء الواحد من الرجل الواحد</b>	
إذا رهن رجلان عبداً مشتركاً بينهما بمائة درهم، وتم الرهن، ولزم، فالمائة مقططة على الراهنين، فإذا أدى أحدهما ما عليه انفك الرهن عن حصته في العبد، وبقي نصيب الثاني من العبد مرهوناً، خلافاً لأبي حنيفة ..... ٢٥٧	٢٥٧
ثم مسائل أخرى يدخل في تصويرها الاستعارة مع الرهن ..... ٢٥٨	٢٥٨
فصل: ولو كان الرهن مما يكال أو يوزن فقضى أحدهما نصيبه من الدين ..... ٢٦١	٢٦١
فائدة: القسم ثلث: منها ما يعتمد الجزئية الممحضة، وهي في المثلثات، ومنها ما يعتمد التعديل في القيمة والجزئية، وعليها قسمة الدور، ومنها ما يعتمد القيمة، ولا مجال للجزئية فيه، كتمييز عبد من عبد. والإجبار يجري في القسمين الأولين، وفي الثالث قولان عن الشافعي ..... ٢٦٣	٢٦٣
فصل: ادعى رجلان على واحد، كل منهما يدعي أنه رهن عبده فيه وسلمه إليه، وبعدما سلمه إليه رهناً مستحقاً انتزعه من يده غصباً، أو استعاره منه وسلمه إلى الثاني ..... ٢٦٤	٢٦٤
الإمام قبل الجواب يجدد العهد بأمور سبق تمهيدها ..... ٢٦٤	٢٦٤
تفصيل القول في المسألة إذا كان الرهن (العبد) في يد الراهن، أو نائبه ..... ٢٦٦	٢٦٦
تفصيل القول إذا كان العبد في يد أحد المدعين ..... ٢٧٢	٢٧٢
تفصيل القول إذا كان العبد في أيديهما ..... ٢٧٢	٢٧٢
<b>باب الرهن يجمع شيئاً</b>	
رهن أرضاً وفيهاأشجار، فهل تدخل الأشجار تحت تسمية الأرض؟ والمسألة سبقت مفصلة في البيع ..... ٢٧٤	٢٧٤
باع شجرة في مغرسها، أو رهنتها من غير تعرض لذكر المغرس ..... ٢٧٤	٢٧٤
فصل: مقصوده التفصيل في رهن الشمار على رؤوس الأشجار ..... ٢٧٦	٢٧٦
فصل: مقصوده القول في رهن الشمار المتلاحقة ..... ٢٧٩	٢٧٩

٢٨٠	ذكر الشيخ أبو علي بعد الفراغ من الشمار رهن الزرع وهو بقل .....
٢٨٢	<b>باب ما يفسد الرهن من الشرط</b>
٢٨٢	أقسام الشروط في الرهن، وتفصيل المذهب في فساد الرهن والشرط، وفي صحتهما، وفي صحة الرهن وفساد الشرط .....
٢٨٤	أحكام الرهن المشروط في البيع على النوع الممهدة في الفصل .....
٢٨٤	فصل : لو كانت له ألف فقال : زدني ألفاً على أن أرهنك بهما معاً رهناً .....
٢٨٧	ولو أسلفه ألفاً على أن يرهن عنده به رهناً، وشرط المرتهن لنفسه منافع الرهن .
٢٨٨	فصل : إذا قال الراهن : رهنتك ما في هذا الحق، أو ما في هذه الخريطة .....
٢٩١	<b>باب الرهن غير مضمون</b>
٢٩١	الرهنأمانة في يد المرتهن، فإذا تلف في يده أو في يد العدل كان أمانة والدين لا يسقط منه شيء . وقال أبو حنيفة : هو مضمون بالدين .....
٢٩٣	فرع : قال العراقيون : المودع إذا ادعى رد الوديعة فالقول قوله مع يمينه .....
٢٩٤	فرع : إذا رهن الغاصب العين المغصوبة عند إنسان ، وكان المرتهن يحسبه مالكاً لتلك العين .....
٢٩٥	فرع : مسألة تتعلق برهن المشاع .....
٢٩٦	فرع : اشتري عبداً بألف ، فجاء إنسان وتبرع بأداء الدين .....
٢٩٧	فرع : إذا استحفظ الرهن عدلاً ، فهل لأحدهما أن ينفرد بالحفظ؟ .....
٢٩٧	فرع : رهنه شيئاً ، ثم سلمه إليه وقال : قصدت بالتسليم إليك إياديه عندك ، ولم أقصد إتمام الرهن وإقباضه ، فهل يصدق الراهن؟ .....
٢٩٨	فرع : اغتصب المرتهن الرهن من يد العدل ، فصار متعدياً وضاماً ، فلو جاء ورد الرهن إلى العدل ، فهل يبرأ عن ضمان الغصب؟ .....
٢٩٨	فرع : رهن أرضاً وشرط للمرتهن أن يغرسها لنفسه بعد مضي شهر .....
٢٩٩	فرع : فيه طرف من القول في تعلق الدين بالتركة .....

٣٠٣	<b>كتاب التفليس</b>
٣٠٣ .....	تأصيل لغوي .....
من قل ماله، وكثرت ديونه فللقاضي أن يحجر عليه لأجل غرمائه إذا استدعوا ذلك منه، والأصل في جواز ذلك من السنة .....	٣٠٣ .....
إن كانت الديون على مقدار المال، فهل يوقع القاضي الحجر؟ .....	٣٠٤ .....
إإن كانت الديون أقل من مقدار المال، واستدعي الغرماء الحجر .....	٣٠٤ .....
لا يضرب القاضي الحجر إلا إذا استدعي الغرماء .....	٣٠٥ .....
من باع عيناً، وسلّمها، وأفلس المشتري، فحجر القاضي عليه، فللبائع أن يرجع بعين المبيع ويفسخ البيع، والدليل على هذا من السنة .....	٣٠٦ .....
أبو حنيفة خالف في المسألة، ومنع فسخ البيع بعد تسلم المبيع .....	٣٠٦ .....
أمور مستفادة مذهبية يستخرجها الإمام من الخلاف بين الشافعية والحنفية في هذه المسألة، والإمام يذكرها في معرض الأسئلة والأجوبة .....	٣٠٦ .....
ومما يتعلق بالمسألة: أن البائع إذا ثبتنا له حق الفسخ، فهو على الفور أم على التراخي؟ .....	٣٠٩ .....
ومما يتعلق بالمسألة: أن المشتري لو لم يكن مفلساً، ولكنه امتنع عن أداء الثمن، فهل يثبت للبائع حق الرجوع؟ .....	٣١٠ .....
فصل: يجمع القول في التغاییر التي تلحق المبيع حکماً وحقيقة بعد إفلاس المشتري .....	٣١١ .....
فرع: اشتري حنطة فبثها بذرًا، فنبت الزرع وأحصد، ثم أفلس المشتري، فالحنطة الحاصلة من ذلك البذر لمن؟ ونظائر لهذه المسألة .....	٣١٧ .....
فصل: باع نخلاً فيه ثمر قد أُبَرَّ، وأدخل الثمار في البيع، ثم قبض المشتري الشجر والثمر، واستهلك الشمرة، وأفلس، فالبائع يرجع في الشجر ويضارب بقسط من الثمن يقابل الشمرة الفائضة. ولا يمكن الوصول إلى ما يرجع به من الثمن إلا بمعرفة قيمة الشمار، وقيمة الأشجار .....	٣١٩ .....
تفصيل القول في قيمة الثمر .....	٣٢٠ .....

- تفصيل القول في قيمة الشجر ..... ٣٢١
- فصل : باعه حائطاً لا ثمر على أشجاره ، فأثرمت في يد المشتري ، أو باعه أرضاً لا زرع فيها ، فزرعها المشتري ، ثم أفلس ..... ٣٢٧
- فصل : يجمع صور الوفاق والخلاف فيما يبقى للمفلس والغرماء من الحمل والثمر ..... ٣٣١
- فصل : من باع نخلة ، فأطلعت بعد البيع ، وأفلس المشتري قبل التأثير ، وأراد الرجوع ، فله أن يرجع في الشمار مع الأشجار .  
ولو أُبرت الشمار قبل الرجوع ، لم يرجع البائع في الشمار وفاما . ومضمون الفصل يديره الإمام على هاتين الصورتين ، تأصيلاً ، وتفرعاً ، وتصويراً ..... ٣٣٤
- فصل : وإن وجد بعض ماله ، كان له بحصته ، ويضرب مع الغرماء في بقائه ..... ٣٤٢
- فصل : باع أرضاً ، وسلمها ، فغرسها المشتري ، أو بني فيها ، ثم أفلس وما كان أدى الشمن ..... ٣٤٣
- تنبيه من الإمام لمثار الإشكال في المسألة ، ثم الخوض في الجواب بعرض الأقوال والتفرع عليها ..... ٣٤٤
- فصل : باع عبدين متفرقين القيمة بمائة ، وبعض خمسين ، فتلف أحدهما في يد المشتري ، وأفلس ..... ٣٤٨
- فصل : أكره أرضاً ، وسلمها ، ثم أفلس المكتري ، وأراد المكري الرجوع إلى المنفعة ..... ٣٤٩
- ثم القول في المسألة إذا زرع المكتري الأرض ، ثم أفلس ..... ٣٥٠
- فصل : مضمونه القول في كيفية الرجوع في الزيت المختلط ، وتفصيل القول فيه إذا كان الخلط من جنس المبيع ، والحكم إذا كان الخلط بالمثل ، أو بالأرداً ، أو بالأجود ..... ٣٥٢
- القول فيه إذا كان الخلط بما لا يجنس المبيع ..... ٣٥٦
- فصل : في الصبغ والقصارة ، وهو من الفصول المنوعة في كتاب التفليس ..... ٣٥٩
- طرف من القول في حكم الصبغ وأنه عين ..... ٣٥٩

القصارة في الثوب ، والطحن في الحنطة وما في معناهما هل هما أثراً أم عين؟	
قولان ، والتفریع عليهما .....	٣٦٠
معنى قولنا: القصارة عين .....	٣٦٤
الإمام ينبه إلى غلطتين لبعض الأصحاب .....	٣٦٦
عود إلى الخوض في فصل الصبغ بعد نجاز القول في القصارة .....	٣٦٨
فصل: ذكره صاحب التلخيص وغلط فيه من أوله إلى آخره ، والإمام ينقل أرجوبته ، ثم يذكر وجه الصواب فيها .....	٣٧٠
فصل: من اشتري شيئاً على شرط الخيار ، أو باع ، فُلْس ، وجري الحجر عليه ، ففي إجازته وفسخه بحكم الخيار طريقان .....	٣٧٣
الكلام على نص للشافعي متعلق بالرد بالعيد .....	٣٧٥
فصل: مضمونه القول في إفلاس المسلم إليه في عقد السلم والكلام في صورتين: أن يفلس المسلم إليه ، والمسلم موجود .....	٣٧٨
والصورة الثانية: أن يفلس المسلم إليه ، وينقطع المسلم .....	٣٧٩
فصل: يشتمل على بيان إفلاس المكري ، وإفلاس المكتري . والبداية بإفلاس المكري .....	٣٨٢
القول إذا أفلس المكتري .....	٣٨٥
فصل: إذا قسم الحكم مال المفلس على غرمائه ، ثم ظهر غرماء آخرون بعد القسمة .....	٣٨٧
المحgor عليه لو استفاد مالاً جديداً والحجر مطرد عليه ، فهل يتعدى الحجر إلى هذا المال الحادث؟ .....	٣٨٩
القول في الديون التي تتجدد في زمان الحجر .....	٣٩٠
فصل: في بيع مال المفلس ، وقسمته .....	٣٩١
فصل: إذا حجر الحكم على المفلس ، فال الأولى أن يشهد على الحجر .....	٣٩٤
تفصيل القول فيما يمتنع من تصرفات المحgor .....	٣٩٤
بيان تصرفات المحgor في أعيان أمواله .....	٣٩٥

تصيرفات المحجور فيما لا يتعلّق بعين ماله . . . . .	٣٩٧
فصل : في ديون المفلس هل تحل بالحجر؟ . . . . .	٤٠١
من مات وعليه ديون مؤجلة ، حلت الديون بموته . . . . .	٤٠١
ولو جُن من عليه ديون مؤجلة ففي حلول الدين قولان . . . . .	٤٠١
الشيخ أبو محمد يذكر في طريان الحجر بسبب الفلس قولين مرتبين على القولين في الجنون . . . . .	٤٠٢
تفریع من الإمام على القولين في حلول الأجل ، وبقائه . . . . .	٤٠٢
فصل : مضمونه ذكر الجنائية على المفلس ، وعلى عبده ، وذكر جنائية المفلس ، وجنائية عبده . . . . .	٤٠٦
فصل : فيه حكم اكتساب المفلس لأجل الدين . . . . .	٤٠٧
فصل : ينبغي على الحاكم قبل تفرقة مال المفلس أن ينفق عليه وعلى من تلزمته نفقةه من زوجاته وأقاربه . . . . .	٤٠٨
الإمام يصرح بأن في قلبه من نفقة الأقارب مخالجة ظاهرة ، ولكن المذهب نقل .	٤٠٩
- ولو مات المفلس قدّم تكفيه ومؤنة دفنه ، وفي القدر الذي يকفن به خلاف . . . . .	٤١٠
وهل بيع خادمه ، ومسكنه؟ . . . . .	٤١١
فصل : المفلس إذا أدعى ديناً على إنسان ، وأقام شاهداً واحداً ، ولم يحلف معه ، فأراد الغرماء أن يحلقو مع الشاهد لم يكن لهم ذلك . . . . .	٤١٢
فرع : نص الشافعي على أن الرجل إذا وهب شيئاً في حالة الإطلاق ، ثم أفلس وحجر عليه ، فأثابه المتهم ما هو أكبر قيمة من الموهوب ، لم يلزمها القبول ، وإن ثابه ما هو أقل قيمة من الموهوب ، فله الرضا . . . . .	٤١٥
<b>باب العهدة في مال المفلس</b>	٤١٦
غرض الباب بيان المرجع في عهدة مال المفلس إذا بيع في دينه ثم فرض التلف .	٤١٦
<b>باب حبس المفلس</b>	٤١٨
الفصل الأول : في قاعدة الحبس . . . . .	٤١٨
الفصل الثاني : في إثبات الإعسار . . . . .	٤٢٠

القول في شهود الإعسار، ونظر القاضي إلى أحوالهم ..... ٤٢١
القول إذا لم يُقْمِ بِيَنَةً عَلَى إعساره ..... ٤٢٣
إذا ثبت الإفلاس وجوب الإطلاق، فلا حبس على معسر ..... ٤٢٥
إذا صرف القاضي أموال المفلس الموجودة إلى غرمائه، فهل يرتفع الحجر عنه، أم لا بد من أن يفكه القاضي؟ ..... ٤٢٦
ومن نظائر ذلك: السفيه إذا ظهر صلاحه، والمجنون إذا أفاق ..... ٤٢٦
الفصل الثالث: في مسافرة من عليه الدين ..... ٤٢٨
فرع: أراد أن يدعى ديناً مؤجلاً على إنسان ففي قبول دعواه قبل حلول الأجل قولان ..... ٤٢٩

### **كتاب الحَجْر**

الحجر لغة واصطلاحاً ..... ٤٣١
الأسباب المقتضية للحجر ..... ٤٣١
تفصيل القول في البلوغ وسببه ..... ٤٣٢
القول في بلوغ الخشى ..... ٤٣٥
فصل: في الرشد ومعناه، ونقضيه ..... ٤٣٨
التفصيل في اقتران السفة بالبلوغ ..... ٤٣٩
القول في طريان السفة بعد الرشد ..... ٤٣٩
فصل: ما يصح من تصرفات المحجور عليه بالسبة، وما لا يصح ..... ٤٤٢
فرع: اشتري المحجور شيئاً في ذمته من غير إذن الولي ..... ٤٤٣
فرع: إذا أقر المبذر أنه أتلق مالاً لأجنبي، ففي قبول إقراره قولان ..... ٤٤٤
فرع: ينبغي للولي أن يختبر الصبي أو ان البلوغ ليعلم سفهه ورشده ..... ٤٤٤
فرع: السفيه إذا أحرب بالحج، انعقد إحرامه، فإن كان الحج تطوعاً فلا يسلم إليه الولي مالاً يتبلغ به ..... ٤٤٥
فرع: إذا كان السفيه مطلقاً، فالوجه أن يشتري الولي له جارية، فإن عتقه لا ينفذ فيها ..... ٤٤٥

## كتاب الصلح

٤٤٧	صدر الشافعي رضي الله عنه الكتاب تيمناً بقول عمر رضي الله عنه «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً» وتوضيح من الإمام للصلح المحلل للحرام والصلح المحرم للحلال ..... ٤٤٧
٤٤٧	تقسيم حاوٍ يجمع صحيح الصلح وفاسده، ومحل الوفاق والخلاف ..... ٤٤٧
٤٤٧	الصلح قسمان: الأول - ما يجري بين المدعي والمدعى عليه، والثاني ما يجري بين أجنبي وبين المدعي ..... ٤٤٧
	أولاً: ما يجري بين المدعي والمدعى عليه: وهو نوعان: صلح مع الإقرار، وصلح مع الإنكار ..... ٤٤٧
٤٤٧	الصلح مع الإقرار نوعان: عن عين وعن دين ..... ٤٤٧
٤٤٧	والصلح الواقع عن عين نوعان: معاوضة، وحططية ..... ٤٤٧
٤٤٨	صلح المعاوضة عن عين مع الإقرار ..... ٤٤٨
٤٤٩	صلح الحططية عن عين مع الإقرار ..... ٤٤٩
٤٤٩	صلح المعاوضة عن دين مع الإقرار ..... ٤٤٩
٤٥٠	صلح الحططية عن دين مع الإقرار ..... ٤٥٠
٤٥٢	الصلح مع الإنكار ..... ٤٥٢
٤٥٢	إذا كان على غير العوض المدعي ..... ٤٥٢
٤٥٢	إذا كان على بعض المدعى ..... ٤٥٢
٤٥٤	ثانياً: الصلح الذي يجري بين المدعي والأجنبي: وهو نوعان: ..... ٤٥٤
٤٥٤	الصلح من الأجنبي مع إقرار المدعى عليه، عيناً كان المدعى أو ديناً ..... ٤٥٤
٤٥٥	الصلح من الأجنبي مع إنكار المدعى عليه ..... ٤٥٥
٤٥٥	فإن كان المدعى عيناً ..... ٤٥٥
٤٥٨	وإن كان المدعى ديناً ..... ٤٥٨
٤٥٩	فصل: يحوي مسائل من الصلح مع الإقرار، والمدعى المقرب به دين ..... ٤٥٩

فصل: يحوي مسائل مقصودة في المذهب ألمعها أصحاب أبي حنيفة في تصحيح صلح الإنكار .....	٤٦١
فصل: صالح واحد من الورثة الباقين عن حصة من التركة .....	٤٦٣
فصل: مسائل في إشراع الجناح والساباط، وفي أحكام الشارع .....	٤٦٤
حكم الإشراع في ملك الغير .....	٤٦٤
حكم الإشراع في الشارع المشترك بين الكافة .....	٤٦٤
حكم بناء الدكة أمام باب الدار، وحكم غرس الأشجار .....	٤٦٥
حكم إشراع الأجنحة في السكة المنسدة .....	٤٦٦
حكم فتح الأبواب، والكتوات، والمنافذ .....	٤٦٧
القول في الشارع العام ..	٤٧٠
القول في السكة المنسدة ..	٤٧٢
فصل: ادعى رجلان داراً في يد رجل: وقالا: ورثناها من أبينا ..	٤٧٣
تصوير المسألة إذا نسبا دعوتיהם إلى غير جهة الإرث ..	٤٧٤
فرع: ذكره صاحب التقريب: باع اثنان عبداً مشتركاً بينهما بثمن معلوم، فهل لأحدهما الانفراد بقبض حصته من الثمن ..	٤٧٥
فرع: ادعى رجلان داراً في يد ثالث على الشيع وذكرها الملك المطلق ولم ينسباه إلى سبب ..	٤٧٦
فرع: ادعى رجلان داراً في يد رجل وقال كل منهما: نصف هذه الدار لي، فأقر المدعى عليه بأن جميع الدار لأحدهما، وعينه ..	٤٧٦
فصل: في تداعي الرجلين جداراً بين داريهم ..	٤٧٧
الحكم إذا كان بين رجلين جدار مشترك، فأراد أحدهما أن يضع عليه جذوعاً ..	٤٨١
فصل: حكم بعض التصرفات في الجدار المشترك ..	٤٨٥
القول في المهايأة، ولزومها ..	٤٨٦
فصل: الكلام فيه يتعلق بأمرتين: أحدهما - التفصيل في قسمة الجدار المشترك، إجباراً، و اختياراً ..	٤٨٨

والثاني - القول في قسمة أُس الجدار ومبناه ..... ٤٨٩	فصل : إذا انهدم الجدار فعمراء ، وأعاداه بالأعيان التي كانت فيه ..... ٤٨٩
والحكم لو اختص أحدهما بالإعادة ، وشرط أن يكون الثالث من الجدار له ..... ٤٩٠	فرع : استعار رجل جداراً ، ووضع عليه جذوعاً ، ثم انهدم الجدار ..... ٤٩١
فصل : في تنازع صاحب العلو والسفل السقف الحائل بينهما ..... ٤٩٢	فصل : له تعلق بالفصل السابق ، وفيه طرف من أحكام عمارة الأملك المشتركة . ٤٩٤
فصل : إذا ملك بيتاً ، فجاء رجل واشتري منه حق البناء على سطحه ، فقد أجمع الأصحاب على جواز ذلك ، وأن هذه المعاملة بيع ، وترددوا في جواز إنشائها بلفظ الإجارة ..... ٤٩٨	المزنني يرى أن هذه المعاملة فاسدة لخروجها عن قضية البيع والإجارة ، وهذا معدود من مذهب المختص به ..... ٤٩٩
يشترط في هذه المعاملة الإعلام اللائق بها ..... ٥٠١	فرع : إذا كان للإنسان حق مجرى ماء في ملك غيره ، فإذا استرم ذلك المجرى ، فعمارة المجرى على من؟ ..... ٥٠٢
فصل : تنازع صاحب العلو والسفل في العرصة هي في يد من؟ ..... ٥٠٣	فصل : إذا استعملت الأشجار وانتشرت أغصانها في هواء ملك الغير .
القول في الدرج والمرقى واليد فيها ..... ٥٠٥	والحكم إذا انتشرت العروق تحت الأرض ..... ٥٠٦
فصل : الحكم إذا استعملت الأشجار وانتشرت أغصانها في هواء ملك الغير .	فصل : يجمع المسائل التي ذكرها المزنني ، والإمام يذكر صورها ويرمز إلى المعاد فيها ، ويذكر ما اشتمل على فائدة جديدة ..... ٥٠٧
فرع : إذا كان للرجل حق مسيل ماء في أرض الغير ، واحتاج إلى تنقيته من الحمأة ..... ٥١٠	الأصل فيها ، وأركانها ..... ٥١١
٥١١	كتاب الحوالة
القول في حقيقتها وماهيتها ..... ٥١١	

من شروط الحوالة: الرضى ..... ٥١٢	
يشترط فيما تجري فيه الحوالة أمران: أحدهما - التجانس بين الدينين ..... ٥١٣	
الثاني - استقرار الدين ولزومه ..... ٥١٤	
حكم الحوالة على من لا دين عليه ..... ٥١٥	
الحكم إذا تمت الحوالة، ثم طرأ على المحال عليه إفلاس، أو جحد للحق، أو أحيل على من ظنه غنياً، فتبين أنه كان عند الحوالة مفلساً ..... ٥١٧	
الحوالة هل يلتحقها خيار المجلس والشرط؟ ..... ٥١٨	
فرع: إذا كان الدين على المحييل مؤجلاً، وكذلك على المحال عليه، واستوى الأجلان في مقدارهما، فما حكم حلول الدين إذا مات المحييل، أو مات المحال عليه؟ ..... ٥١٨	
باب في مسائل تحرى فيها المزن尼 معنى جوابات الشافعي في الحوالة ..... ٥١٩	
فمن ذلك: باع عبداً من رجل بألف درهم، وأحال المشتري البائع على رجل بالتمن، ثم اطلع على عيب قديم بالعبد، فرده، نص المزن尼 هاهنا: أن الحوالة تبطل، ونص في المختصر الكبير: أنها لا تبطل ..... ٥١٩	
فائدة: من صوصات المزن尼 في مجال التحرى معدودة من متن المذهب، وهي عند المصنفين كنصوص الشافعي ..... ٥١٩	
الأصحاب خرجوا المسألة على قولين، ثم التفريع عليهم ..... ٥١٩	
فصل: إذا كان لرجل على دين، وكان للمديون دين على آخر يماثل الدين الأول، فأمر المديون مستحق الدين بقبض ذلك الدين، ثم اختلفا فادعى أحدهما أن الذي جرى حوالته، وادعى الآخر أنه وكالة، فالقول قول من؟ .. ٥٢٣	
فروع: تحوي صوراً في الحوالة، وبها نجاز الكتاب ..... ٥٢٩	
محتوى الكتاب ..... ٥٣٣	